



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta tesis doctoral contiene un índice que enlaza a cada uno de los capítulos de la misma.

Existen asimismo botones de retorno al índice al principio y final de cada uno de los capítulos.

[Ir directamente al índice](#)

Para una correcta visualización del texto es necesaria la versión de [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriores

Aquesta tesi doctoral conté un índex que enllaça a cadascun dels capítols. Existeixen així mateix botons de retorn a l'índex al principi i final de cadascun dels capítols .

[Anar directament a l'índex](#)

Per a una correcta visualització del text és necessària la versió d' [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriors.

UNIVERSIDAD DE ALICANTE
FACULTAD DE DERECHO

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LA LEY PENAL EN EL ESPACIO.
TEORIA GENERAL Y ANALISIS
DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA

JUAN JOSE DIEZ SANCHEZ
TESIS DOCTORAL DIRIGIDA POR EL
DR. D. TOMAS S. VIVES ANTON
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL.



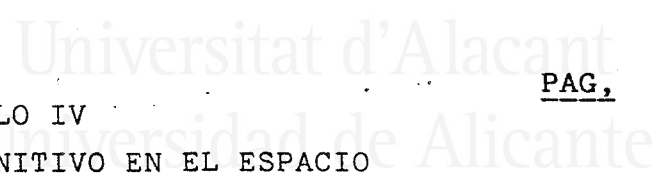


Universitat d'Alacant
 Universidad de Alicante

INDICE GENERAL

	<u>PAG.</u>
INDICE	1
PRESENTACION	20
PRIMERA PARTE	
CUESTIONES GENERALES	
CAPITULO I	
SIGNIFICACION, OBJETO Y ENCUADRE DISCIPLINAR DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	
I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	29
II. EVOLUCION DEL TERMINO DERECHO PENAL INTERNA- CIONAL	32
A. COMO CONJUNTO DE NORMAS INTERNAS O NACIONALES ..	32
a. Definiciones	32
b. Objeto	41
1. Propio o estricto	41
2. Extensivo	43
3. Restrictivo	45
c. Críticas	46
B. COMO CONJUNTO DE NORMAS NACIONALES E INTER- NACIONALES	52
a. Definiciones	53
b. Objeto	54
c. Críticas	56
C. DENOMINACIONES PROPUESTAS PARA REEMPLAZAR EL TER- MINO DERECHO PENAL INTERNACIONAL	57
a. Derecho de aplicación penal	58
b. Derecho penal extranacional	60
c. Derecho penal interestático	60
d. Derecho procesal internacional	61
e. Denominaciones genéricas o inespecíficas	63
III. ENCUADRE DISCIPLINAR DEL DERECHO PENAL INTERNA- CIONAL	64
A. DERECHO PROCESAL	66
B. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	69
C. DERECHO PENAL	77
IV. ANALISIS Y COMENTARIO CRITICO. CRITERIO QUE SE SIGUE	81
A. CONSIDERACIONES PREVIAS	81
a. La materia a estudio	81
b. Fuentes de la materia	83
c. Finalidad de la materia	90
B. DE LA DENOMINACION DERECHO PENAL INTERNACIO- NAL	92

	<u>PAG.</u>
C. DEL CONTENIDO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	101
a. Las normas de aplicación de la ley penal en el espacio	103
b. Las reglas que determinan la competencia judicial espacial	108
c. La extradición	110
d. El reconocimiento o autoridad de las sentencias penales extranjeras	113
e. Otras formas de entreatyuda o auxilio jurídico internacional	115
f. El asilo	117
g. Otras materias	119
D. DEL ENCUADRE DISCIPLINAR DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	125
E. CONSIDERACIONES FINALES	130
 CAPITULO II 	
COMPETENCIA LEGISLATIVA Y COMPETENCIA JUDICIAL (EL DERECHO PENAL Y LA JURISDICCION PENAL)	
I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	134
II. DETERMINACIONES CONCEPTUALES	137
A. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA	137
B. LA COMPETENCIA JUDICIAL O JURISDICCIONAL	137
III. CRITERIOS DOCTRINALES	138
A. CONEXION ABSOLUTA	138
B. CONEXION RELATIVA	140
IV. CONSIDERACIONES FINALES	142
 CAPITULO III 	
LA NOCION DE TERRITORIALIDAD PENAL	
I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	143
II. SIGNIFICADOS DE LA TERRITORIALIDAD PENAL	144
A. AMBITO DE APLICACION TERRITORIAL DE LA LEY PENAL	146
B. COMPETENCIA JUDICIAL TERRITORIAL EN MATERIA PENAL	148
C. APLICACION NECESARIA DE LA LEY PENAL NACIONAL ...	151
III. EXCEPCIONES A LOS DISTINTOS SIGNIFICADOS DE LA TERRITORIALIDAD PENAL	154
A. EN EL AMBITO DE APLICACION TERRITORIAL	154
B. EN LA COMPETENCIA JUDICIAL TERRITORIAL	155
C. A LA INAPLICABILIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO	156
IV. CONSIDERACIONES FINALES	162



PAG,

CAPITULO IV

LIMITES DEL PODER PUNITIVO EN EL ESPACIO

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	165
II. LA COINCIDENCIA CON EL AMBITO ESPACIAL DE SOBERANIA DEL ESTADO	166
III. LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL PODER PUNITIVO ...	168
A. RESTRICCION DE LA VOLUNTAD SOBERANA	168
B. PROHIBICION DE ABUSO JURIDICO	171
IV. CONSIDERACIONES FINALES	173

CAPITULO V

TERRITORIO Y SOBERANIA

I. PLANTEAMIENTO PREVIO	175
II. CONCEPTO GENERAL DE TERRITORIO	178
A. ELEMENTO O CONDICION ESENCIAL DEL ESTADO	178
B. AMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ	183
C. ELEMENTO DEL ESTADO Y FUNDAMENTO ESPACIAL	185
III. SIGNIFICACION DEL TERRITORIO EN DERECHO PENAL	186
IV. NATURALEZA DE LA RELACION ENTRE EL ESTADO Y EL TERRITORIO	189
A. DETERMINACION GENERAL	189
a. Teoría del territorio como elemento constitutivo del Estado	189
b. Teoría del territorio-objeto	191
1. Teoría del derecho real de propiedad	192
2. Teoría del derecho real de soberanía	192
3. Teoría del derecho real institucional	193
c. Teoría del territorio-límite	193
d. Teoría de la competencia	195
e. Teoría del espacio vital	197
B. DETERMINACION JURIDICO-PENAL	197
V. CONTENIDO DEL TERRITORIO	198
A. CONTENIDO GENERAL	198
B. CONTENIDO JURIDICO-PENAL	201
VI. CONCEPTO DE SOBERANIA	201
A. SUPREMACIA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO	203
B. PODER DEL ESTADO	204
C. COMPETENCIA DEL ESTADO	206
VII. SIGNIFICACION ACTUAL DE LA SOBERANIA	207
A. POTESTAD TERRITORIAL	207
B. INDEPENDENCIA	210
VIII. CONCLUSIONES FINALES	211



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PAG.

SEGUNDA PARTE
LA LEY PENAL EN EL ESPACIO
SECCION PRIMERA
PRINCIPIOS O CRITERIOS

CAPITULO I

TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	217
II. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD Y SUS EXCEPCIONES	218
III. LA TEORIA DE LA EXTRATERRITORIALIDAD ABSOLUTA ...	222
A. NOCIONES PREVIAS	222
B. ASPECTOS GENERALES DE LA EXTRATERRITORIALIDAD ABSOLUTA	224
a. Génesis histórica	224
b. Fundamento	228
1. La idea de CARRARA	228
2. La idea de FERRI	229
3. La idea de GROIZARD	230
C. POSTURA CRITICA	233
IV. CONSIDERACIONES FINALES. NUESTRA POSTURA	237

SECCION SEGUNDA

LA TERRITORIALIDAD PENAL

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	245
II. DEFINICION DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD	247
III. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD	249
IV. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD	256
A. GENESIS HISTORICA	256
a. Pueblos antiguos	256
b. Edad Media	258
c. Edad Moderna	261
B. FUNDAMENTO	262
a. Teoría del contrato social	263
b. Teoría de la soberanía	264
c. Teorías utilitarias	266
1. Procesales	266
2. Penales	269
d. Teoría que se sigue	275



C. VALORACION DE SU EFICACIA	276
a. Relevancia de las lagunas represivas que produ ce	276
b. Relevancia de su configuración	279
c. Consideración de ambos efectos	281
D. SU PRETENDIDA CRISIS	282

CAPITULO III

DETERMINACIONES DECISIVAS DEL PRINCIPIO
 DE TERRITORIALIDAD

I. PARIDAD DE NACIONALES Y EXTRANJEROS	285
A. TESIS DE LA DIFERENCIACION	286
a. Postura amplia	287
b. Postura limitada	288
B. TESIS DE LA ABSOLUTA INDIFERENCIACION	290
C. TESIS QUE SE SIGUE	292
II. EL TERRITORIO EN SENTIDO JURIDICO-PENAL: ELEMEN- TOS	294
A. SUELO O TIERRA FIRME	295
B. SUBSUELO	296
C. AGUAS INTERIORES	297
D. MAR TERRITORIAL	298
a. Denominación	299
b. Concepto	300
c. Fundamento	301
d. Extensión	303
a'. Antecedentes históricos	303
b'. Situación actual	305
e. Características	305
a'. Zona contigua	305
b'. Zona económica exclusiva	306
c'. Plataforma continental	307
d'. Alta mar	308
E. ESPACIO AEREO	309
a. Denominación	310
b. Concepto	310
c. Fundamento	312
d. Extensión	313
a'. Antecedentes históricos	313
b'. Situación actual	315
e. Características	316
F. PRINCIPIO DEL PABELLON	318
a. Concepto	318
b. Clases y régimen jurídico	320
a'. Buques públicos	320
a''. Concepto	320
b''. Fundamento	323

	<u>PAG.</u>
c''. Régimen jurídico	324
1. Mar territorial extranjero	324
2. Alta mar	325
b'. Buques mercantes	325
a''. Concepto	325
b''. Fundamento	326
c''. Régimen jurídico	327
1. Mar territorial extranjero	328
2. Alta mar	333
c'. Conclusión	336
d'. Aeronaves del Estado	337
a''. Concepto	337
b''. Fundamento	338
c''. Régimen jurídico	338
1. Espacio aéreo extranjero	338
2. Espacio libre	340
e'. Aeronaves civiles	340
a''. Concepto	340
b''. Fundamento	341
c''. Régimen jurídico	342
f'. Conclusión	345
G. TERRITORIOS OCUPADOS	345
H. TERRITORIOS CONSULARES O EN REGIMEN DE CAPITULACIONES	347
a. Concepto de territorios consulares	347
b. Concepto, génesis histórica y naturaleza de las capitulaciones	348
c. Conclusión	350
I. ESTACIONAMIENTO DE TROPAS EXTRANJERAS	351
a. Fundamento	351
b. Principios	355
c. Génesis histórica y contenido de algunos Convenios	356
d. Conclusión	362
J. EMBAJADAS Y LEGACIONES DIPLOMATICAS	363
III. EL LUGAR DE COMISION DEL DELITO	366
A. CONSIDERACIONES PREVIAS	366
B. DETERMINACIONES GENERALES	368
a. Denominación	368
b. Encuadre sistemático	371
c. Finalidad	372
C. PRINCIPALES TEORIAS PROPUESTAS	372
a. Teoría de la actividad	374
a'. Denominación	374
b'. Concepto	374
c'. Fundamento	375
a''. Justificación sustantiva	375
b''. Justificación adjetiva	377
d'. Crítica	377

b. Teoría del resultado	378
a'. Denominación	378
b'. Concepto	379
c'. Fundamento	379
d'. Crítica	380
c. Teoría de la ubicuidad	381
a'. Denominación	381
b'. Concepto	382
c'. Fundamento	383
d'. Crítica	385

SECCION TERCERA

LA EXTRATERRITORIALIDAD PENAL

CAPITULO IV

PRINCIPIO DE PERSONALIDAD

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	389
II. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD	392
III. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD	393
A. GENESIS HISTORICA	393
B. FUNDAMENTO	397
a. Naturaleza eminentemente política	398
a'. Primado de las nacionalidades	398
b'. Deber de fidelidad del ciudadano a sus leyes	399
c'. Derecho de representación	403
b. Naturaleza penal	406
a'. Destinatarios de las normas penales	406
b'. Razones pragmáticas o realistas	407
C. ELEMENTOS DECISIVOS	409
a. Nacionalidad del sujeto	409
b. Presencia del sujeto en el territorio nacional	413
D. LIMITACIONES	413
a. Gravedad de la infracción	414
b. Principio de la doble incriminación	415
c. Principio ne bis in idem	417
d. Principio del abono de las penas	418
E. CLASES	418
a. Principio de personalidad activa	419
b. Principio de personalidad pasiva	421
c. Principio del domicilio	425
d. Principio de la doble nacionalidad	426
e. Principio personal extremo o absoluto	428
F. VALORACION DE SU EFICACIA	428
a. Positivamente	429
a'. Razones procesales	429
b'. Razones penales	431
b. Negativamente	431

IV. CONSIDERACIONES CRITICAS. NUESTRA POSTURA	433
---	-----

CAPITULO V

PRINCIPIO DE PROTECCION DE INTERESES

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	436
II. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PROTECCION DE INTERESES	438
III. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE PROTECCION DE INTERESES	442
A. GENESIS HISTORICA	442
B. FUNDAMENTO	445
a. Autotutela penal	445
b. Legítima defensa	447
C. ELEMENTOS DECISIVOS	449
a. Nacionalidad del bien jurídico	449
b. Cualidad o naturaleza del bien jurídico	450
D. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA	452
E. VALORACION DE SU EFICACIA	455
IV. COMENTARIO CRITICO. NUESTRA POSTURA	457

CAPITULO VI

PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	460
II. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL ..	463
III. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL	465
A. GENESIS HISTORICA	465
B. FUNDAMENTO	466
a. Cualidad de los bienes jurídicos afectados	467
b. Representación de los intereses internacionales	469
c. Necesidad de protección	470
C. ELEMENTOS DECISIVOS	472
a. Positivo: Aprehensión del delincuente	472
b. Negativo: Ausencia de Tribunales Internacionales	473
D. INFRACCIONES PERSEGUIBLES	474
a. En la doctrina	474
a'. Criterio estricto	475
b'. Criterio extenso	478
b. En el derecho positivo	480
a'. Alemania	481
b'. Austria	481
c'. Italia	483
d'. Portugal	483
E. VALORACION DE SU EFICACIA	485
IV. CONSIDERACIONES CRITICAS. NUESTRA POSTURA	487

CAPITULO VII

PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	490
II. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA .	491
III. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLE TORIA	493
A. GENESIS HISTORICA	493
B. FUNDAMENTO	495
C. ELEMENTOS DECISIVOS	497
D. VALORACION DE SU EFICACIA	498
IV. CONSIDERACIONES CRITICAS. NUESTRA POSTURA	501

TERCERA PARTE

LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

EL DERECHO ESPAÑOL

SECCION PRIMERA

EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICO-SISTEMATICA DEL

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

I. FUEROS Y PARTIDAS	507
II. REAL DECRETO DE EXTRANJERIA	509
III. LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1870	513
IV. EL CODIGO PENAL DE 1928	519
V. PROYECTOS	524
A. ANTEPROYECTO DE 1972	525
B. ANTEPROYECTO DE 1979	529
C. PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1980	531
D. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL DE 1983	538

CAPITULO II

RECONOCIMIENTO ACTUAL DEL PRINCIPIO

DE TERRITORIALIDAD

I. EL ARTICULO 8 DEL CODIGO CIVIL	540
A. CONSIDERACIONES PREVIAS	540
B. VALORACION JURIDICO GENERAL DEL PRECEPTO	544
C. VALORACION JURIDICO PENAL DEL PRECEPTO	549

II. LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985	552
A. CONSIDERACIONES PREVIAS	552
B. ANALISIS DE ALGUNAS DISPOSICIONES PRELIMINARES .	555
a. El artículo 4	556
b. El artículo 9	556
c. El artículo 21	559
C. ANALISIS Y VALORACION DEL ARTICULO 23	562

CAPITULO III

EL CONCEPTO DE TERRITORIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	565
II. EL CONCEPTO DE TERRITORIO EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL	567
III. EL CONCEPTO DE TERRITORIO EN OTRAS LEYES	579
A. LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1870	579
B. EL CODIGO PENAL DE 1928	580
C. PROYECTOS	581
D. LA VIGENTE LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985	582

CAPITULO IV

EL TERRITORIO JURIDICO-PENAL ESPAÑOL

I. ELEMENTOS	584
A. SUELO O TIERRA FIRME	584
B. SUBSUELO	585
C. AGUAS INTERIORES	586
D. MAR TERRITORIAL	586
a. Extensión	587
b. Determinación conceptual	589
c. Régimen jurídico penal	591
d. Otras zonas marítimas	596
a'. Zona contigua	596
b'. Zona económica exclusiva	597
c'. Plataforma continental	598
e. Conclusión	598
E. ESPACIO AEREO	599
a. Régimen jurídico penal	599
b. Determinación conceptual	603
c. Conclusión	604
F. PRINCIPIO DEL PABELLON	605
a. Naves	605
a'. Determinaciones jurídicas	605
1. Consideración de su distinta categoría	605
2. Consideración de las naves extranjeras	611
3. Consideración sobre las infracciones	618

b'. Régimen jurídico según las clases de buques ...	619
1. Buques de guerra	619
a''. Españoles	619
b''. Extranjeros	620
2. Buques mercantes	620
a''. Españoles	620
a'''. En aguas jurisdiccionales españolas y en alta mar	620
b'''. En aguas jurisdiccionales extranjeras .	621
b''. Extranjeros	621
b. Aeronaves	622
a'. Determinaciones jurídicas	622
1. Consideración de su distinta categoría	622
2. Consideración de las aeronaves extranjeras ...	629
b'. Régimen jurídico aplicable	631
1. Aeronaves militares o de Estado destinadas a fines no comerciales	631
a''. Españolas	632
b''. Extranjeras	632
2. Aeronaves del Estado para fines comerciales y aeronaves privadas	633
a''. Españolas	633
a'''. En el espacio aéreo o territorio espa- ñol y en el espacio libre del aire	633
b'''. En el espacio aéreo o territorio extran- jero	633
b''. Extranjeras	634
G. REGIMENES TERRITORIALES ESPECIALES	634
a. El enclave de LLIVIA	634
b. La isla de los FAISANES	638
c. El Peñón de GIBRALTAR	639
H. LAS FUERZAS ARMADAS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERI- CA EN ESPAÑA	641
a. Antecedentes históricos	642
1. Convenios de 1953	642
2. El Convenio de 1970	645
3. El Tratado de 1976	646
b. Legislación vigente: Los Convenios de 1982 y el Protocolo final de 1983	648
c. Las bases militares	653

CAPITULO V

LUGAR DE COMISION DE DELITO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	655
II. NORMAS DE CARACTER GENERAL	657
A. ANTECEDENTES HISTORICOS	657
a. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870	657

1. Teoría del resultado	657
2. Teoría de la actividad	670
3. Teoría de la ubicuidad	672
4. No apreciación del lugar de comisión del delito	680
5. Criterio personal	682
b. El Código de Justicia Militar	685
c. El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980	687
d. La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983	690
B. LEGISLACION VIGENTE	693
a. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ..	693
b. El Código penal militar de 1985	698
III. DISPOSICIONES ESPECIFICAS VIGENTES	699
A. El artículo 288	701
B. El artículo 448	703
C. El artículo 452 bis a) 1º	705

SECCION SEGUNDA

LA EXTRATERRITORIALIDAD PENAL

CAPITULO VI

EVOLUCION HISTORICO-SISTEMATICA DEL PRINCIPIO

DE PERSONALIDAD

I. FUEROS Y PARTIDAS	706
II. LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1870	708
A. PRINCIPIO DE LA DOBLE NACIONALIDAD	709
a. Naturaleza jurídica de las condiciones	709
b. Requisitos previos	714
a'. Que el hecho cometido sea "delito"	714
b'. Doble nacionalidad de los sujetos	717
1. Momento de la nacionalidad	719
2. Cambio de nacionalidad	720
c. Condiciones de perseguibilidad	726
a'. Querrela	727
b'. Presencia del reo en el territorio	733
c'. Principio de abono de las penas	737
B. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVA	748
a. Condiciones objetivas de punibilidad	749
a'. Doble incriminación	750
b'. Incriminación cualificada en el Código penal español	754
C. APLICACION EXTRATERRITORIAL ESPECIAL	768
III. EL CODIGO PENAL DE 1928	772
A. PRINCIPIO DE LA DOBLE NACIONALIDAD	773

a. Semejanzas con la LOPJ de 1870	773
b. Diferencias con la LOPJ de 1870	774
c. Cláusula especial	778
B. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVO	780
IV. PROYECTOS	781
A. ANTEPROYECTO DE 1972	781
B. ANTEPROYECTO DE 1979	783
C. PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1980	788
a. Principio de personalidad activo	790
b. Principio de personalidad pasivo	803
D. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL DE 1983	804

CAPITULO VII

RECONOCIMIENTO ACTUAL DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD.

LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	806
II. ANALISIS Y VALORACION DEL ARTICULO 23.2	807
A. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVO	808
B. CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD	809
a. Nacionalidad española	809
b. Fuera del territorio nacional	813
c. Querrela o denuncia	813
d. Reconocimiento de las decisiones extranjeras: El principio ne bis in idem	814
e. El principio de abono de las penas	827
C. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	828
a. Doble incriminación	828
b. Infracciones graves	831
III. COMENTARIO CRITICO	833
IV. UN PRECEDENTE CUESTIONABLE: EL DELITO DE ABORTO ..	837
A. PLANTEAMIENTO	837
B. LOS HECHOS	839
C. LOS FUNDAMENTOS	842
a. Fraude de ley	843
b. La aplicación del artículo 339 de la LOPJ	845
a'. La nacionalidad española del sujeto pasivo ...	845
b'. La querrela del Ministerio Fiscal	850
c'. La "supuesta" paternidad en Beccaria	850
c. La consideración final de las normas que regulan la aplicación espacial de la ley penal	851
d. La razón decisiva de las decisiones judiciales ..	852
e. Negación de la analogía	853
D. LA POSICION DE LA DOCTRINA	854
a. Fraude de la ley	854

	<u>PAG.</u>
b. Aplicación del artículo 339 de la LOPJ	859
c. La referencia a Beccaria	865
d. La finalidad de las normas que regulan el ámbito espacial de la ley penal	867
e. La justificación de las decisiones judiciales ..	869
f. El principio de legalidad: Interpretación y analogía	872
E. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 75/1984	874
a. Fraude de ley	875
b. Aplicación del artículo 339 de la LOPJ	877
F. EL ARTICULO 23.2 DE LA LOPJ VIGENTE	878
G. COMENTARIO CRITICO	881

CAPÍTULO VIII

EVOLUCION HISTORICO-SISTEMATICA DEL PRINCIPIO REAL O DE PROTECCION DE INTERESES

I. LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1870	885
A. CONSIDERACIONES PREVIAS	885
B. CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD	887
a. Principio ne bis in idem	888
b. Nacionalidad extranjera	890
c. Ausencia de doble incriminación	891
d. Valoración de las condiciones	892
C. SUPUESTOS DELICTIVOS	895
a. Delitos contra la seguridad exterior del Estado	896
b. Delitos de lesa majestad	912
c. Rebelión	915
d. Falsificación de la firma, de la estampilla Real y del Regente	919
e. Falsificación de la firma de los Ministros	924
f. Falsificación de otros sellos públicos	925
g. Falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito o intereses del Estado y la introducción o expendición de lo falsificado	929
h. Falsificación de billetes de Banco, cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción o expendición de los falsificados	938
i. Los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en el extranjero	941
II. EL CODIGO PENAL DE 1928	942
A. CONSIDERACIONES PREVIAS	942
B. ANALISIS Y VALORACION DE LAS NOVEDADES APORTADAS	944
a. Principio de personalidad pasiva	944
b. Nuevas determinaciones delictivas	946
c. Otros aspectos	947

	<u>PAG.</u>
III. EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR	948
IV. PROYECTOS	950
A. ANTEPROYECTO DE 1972	950
B. ANTEPROYECTO DE 1979	952
C. PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1980	954
D. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL DE 1983	968

CAPITULO IX

RECONOCIMIENTO ACTUAL DEL PRINCIPIO REAL

O DE PROTECCION DE INTERESES

LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

DE 1985

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	976
II. ANALISIS Y VALORACION DEL ARTICULO 23.3	977
A. REQUISITOS PREVIOS	977
a. Irrelevancia de la nacionalidad	978
b. Fuera del territorio nacional	979
c. Catálogo de infracciones	980
B. CONDICIONES ESPECIFICAS	981
III. SUPUESTOS DELICTIVOS	984
A. DELITOS DE TRAICION Y CONTRA LA PAZ O LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO	984
a. El artículo 124 del Código penal	986
b. El lugar como elemento típico	990
c. El nuevo Capítulo II, bis	994
B. CONTRA EL TITULAR DE LA CORONA, SU CONSORTE, SU SUCESOR O EL REGENTE	996
a. Cuestiones generales	996
b. La figura del Regente	1000
c. La figura del Consorte	1002
C. REBELION Y SEDICION	1004
D. FALSIFICACION DE LA FIRMA O ESTAMPILLA REALES, DEL SELLO DEL ESTADO, DE LAS FIRMAS DE LOS MINISTROS Y DE LOS SELLOS PUBLICOS U OFICIALES	1008
E. FALSIFICACION DE MONEDA ESPAÑOLA Y SU EXPEDICION	1013
a. Nacionalidad de la moneda	1014
b. Eliminación de la "introducción"	1017
c. Otras conductas	1020
F. CUALQUIER OTRA FALSIFICACION QUE PERJUDIQUE DIRECTAMENTE AL CREDITO O INTERESES DEL ESTADO, E INTRODUCCION O EXPEDICION DE LO FALSIFICADO	1021
a. Consideraciones previas	1021
b. Infracciones penales	1023
G. ATENTADO CONTRA AUTORIDADES O FUNCIONARIOS PUBLICOS ESPAÑOLES	1025

	<u>PAG.</u>
H. LOS PERPETRADOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES POR FUNCIONARIOS PUBLICOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRA- CION PUBLICA ESPAÑOLA	1026
a. Delitos de los funcionarios	1028
b. Delitos contra la Administración Pública	1029
I. LOS RELATIVOS AL CONTROL DE CAMBIOS	1031
IV. BREVE CONSIDERACION DEL CODIGO PENAL MILITAR	1033
A. DEROGACION DEL ARTICULO 9 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR	1034
B. EL VALOR DEL NUEVO ARTICULO 7	1037
C. REFERENCIA AL SUJETO ACTIVO	1041

CAPITULO X

EVOLUCION HISTORICO-SISTEMATICA
 DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

I. PARTIDAS	1045
II. LEGISLACION CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985	1046
A. PIRATERIA	1047
B. ESCLAVITUD	1054
C. TRATA DE MUJERES Y DE NIÑOS	1056
D. PUBLICACIONES OBSCENAS	1058
E. DAÑOS A LOS CABLES SUBMARINOS	1061
F. FALSIFICACION DE MONEDA	1062
G. PROSTITUCION	1068
H. DROGAS TOXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSI COTROPICAS	1069
I. REPRESION DEL APODERAMIENTO ILICITO DE AERONAVES	1071
J. REPRESION DE ACTOS ILICITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACION CIVIL	1072
K. TOMA DE REHENES	1073
L. TERRORISMO	1073

CAPITULO XI

RECONOCIMIENTO ACTUAL DEL PRINCIPIO DE
 JUSTICIA UNIVERSAL
 LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	1080
II. SUPUESTOS DELICTIVOS	1085
A. GENOCIDIO	1085
B. TERRORISMO	1087
C. PIRATERIA Y APODERAMIENTO ILICITO DE AERONAVES ..	1090

	<u>PAG.</u>
D. FALSIFICACION DE MONEDA EXTRANJERA	1093
E. LOS RELATIVOS A LA PROSTITUCION	1095
F. TRAFICO ILEGAL DE DROGAS PSICOTROPICAS, TOXICAS Y ESTUPEFACIENTES	1098
G. Y CUALQUIER OTRO QUE, SEGUN LOS TRATADOS O CONVE- NIOS INTERNACIONALES, DEBA SER PERSEGUIDO EN ESPA ÑA	1101
III. CONCLUSION	1102
CONCLUSIONES	1104
INDICE DE LEGISLACION NACIONAL	1138
INDICE DE LEGISLACION INTERNACIONAL	1140
INDICE DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	1144
INDICE DE JURISPRUDENCIA	1145
INDICE BIBLIOGRAFICO	1147

LISTA DE ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

ADPCP	= Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.
Art.	= Artículo.
Anteproyecto 1972	= Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal de 1972.
Anteproyecto 1979	= Anteproyecto de Código penal de 1979.
Bol. Inf. M.J.	= Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
CJM	= Código de Justicia militar.
CPC	= Cuadernos de Política criminal.
CPM	= Código penal militar.
GPen	= La Giustizia penale.
InP	= L'Indice penale.
LEÑCRIM	= Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LNA	= Ley de la Navegación aérea, 48/1960 de 21 de julio.
L.O.	= Ley Orgánica.
LOPJ 1870	= Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.
LOPJ 1985	= Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.
LPDMM	= Ley penal y disciplinaria de la Marina mercante de 22 de diciembre de 1955.
LPPNA	= Ley penal y procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964.
NEJ	= Nueva Enciclopedia Jurídica.
Nov. Dig. it.	= Novissimo digesto italiano.
PANCP 1983	= Propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal de 1983.
PLOCP 1980	= Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980.
REDI	= Revista Española de Derecho internacional
RinCrimPTch	= Revue internationale de Criminologie et - Police Technique.
RInDP	= Revue internationale de Droit pénal.
RitDPP	= Rivista italiana di diritto e procedura penale.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

RDPCrim = Revue de Droit pénal et de Criminologie.
RPA = Revista penal argentina.
RScCrim = Revue Science Criminelle.
RPSu = Revue pénale suisse.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

P R E S E N T A C I O N



021

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El trabajo de investigación que se presenta para la co-
lación del grado de Doctor con el título "La ley penal en el
espacio. Teoría general y análisis de la legislación española"
se ha desarrollado sobre tres grandes ejes o pivotes que cons-
tituyen las tres partes fundamentales en que aparece sistemá-
ticamente configurado.

Con él se pretende aportar un estudio metódico y riguro-
so de una de las materias propias de la Parte General del De-
recho penal que menos interés e importancia merecen al pena-
lista -particularmente al penalista español, a juzgar por las
escasas aportaciones vertidas sobre la misma, de modo global,
en los últimos años-. En efecto, en los últimos treinta años,
a excepción de algunas monografías aisladas, más dirigidas a
examinar la concreta problemática de la vetusta regulación es-
pañola prevista básicamente en la LOPJ de 1870, o a valorar -
críticamente los sucesivos anteproyectos o proyectos de Códigi-
gos penales patrios elaborados por distintas vías, y a excep-
ción de las referencias, más o menos amplias, que al tema se
destinan en los Manuales al uso, la temática global del ámbi-
to de validez espacial de la ley penal ha carecido del favor
de la doctrina penal. En descargo de esta actitud tal vez ha-
ya de reconocerse la influencia ejercida por el importantísi-

mo y documentado estudio -calificado hace años de obra magis-
tral- llevado a cabo por A. QUINTANO RIPOLLES -examinando con
improbo y exhaustivo detalle entre otras muchas materias to--
das la problemática singular referida a la ley penal en el es
pacio- en su Tratado de Derecho penal internacional e interna
cional penal, publicado en la mitad de la década de los cin--
cuenta.

En todo caso, ya por el tiempo transcurrido y/o ya por
la ausencia apuntada, parecía conveniente revisar algunos de
los planteamientos decisivos que aquí se concitan, ofreciendo
además una visión panorámica general de la normativa jurídica
nacional que abarcase los diferentes hitos históricos, positi
vos o no, que se han sucedido con enorme rapidez, al menos, -
en los últimos años.

El primero de esos ejes aludidos tiene por objetivo el
tratamiento y desarrollo de una serie de cuestiones elementa-
les y generales de Derecho público, circulares al nódulo tra-
tado, algunas de las cuales operan, sin embargo, de modo de--
terminante como principios previos a los que ha de sujetarse,
obligadamente, el ámbito espacial de la ley penal, en tanto -
que otras son, sencillamente, precisiones conceptuales de sig-
nificativa relevancia para una mejor comprensión de ciertas -
posiciones mantenidas a lo largo de la exposición. Si entre -
aquellos principios incardinamos, entre otros temas, el de --

los límites al poder punitivo o la temática del concepto general de territorio y las relaciones de éste con el Estado, o la complicada definición de la soberanía y su implicación con la ley penal y el territorio; en las precisiones estudiamos, entre otras cuestiones, la controvertida denominación de "Derecho penal internacional" usada para comprender diversos problemas relativos o próximos a nuestro objeto de trabajo, así como la polémica delimitación precisamente, de su naturaleza, contenido y encuadre disciplinar, o la delimitación del distinto significado y alcance de las competencias legislativa y jurisdiccional. En conjunto, y aún cuando es seguro que con ellas no agotamos todos los temas que un planteamiento de este género permite, sí parece oportuno resaltar que su selección se produce en base a la evidente incidencia presentada con las ulteriores cuestiones a resolver.

El segundo de los ejes centrales tiene como finalidad el examen particularizado de los distintos principios de conexión de la ley penal en el espacio, desde una perspectiva general y abstracta, no referida por tanto, específicamente a ningún ordenamiento jurídico en concreto, o a una visión particularizada de la regulación de aquéllos en algunos ordenamientos jurídicos nacionales -aunque, obviamente, se intercalen referencias singulares del Derecho comparado a propósito de la exposición-. Y es que la idea fundamental sobre la que

gira esta segunda parte no es tanto ofrecer un estudio comparativo de sistemas internos o estatales -tarea que sin duda -podría resultar fructífera-, cuanto acometer en profundidad -una revisión de las diversas tesis barajadas para, desde diferentes ángulos, refrendar o rechazar, según los casos, los --axiomas en sí o algunos de sus principales apoyos o fundamentos. En este sentido, siguiendo una metodología absolutamente tradicional en la literatura penal, se examinan los principios de referencia con la misma prelación ordinariamente utilizada al tratar la materia, revisando casuísticamente sus antecedentes, significados, fundamentos y demás pormenores valorativos, a más de advertir de sus consecuencias y efectos, sugiriendo en cada caso las modificaciones que se estiman oportunas.

La razón que determina a contraer la tarea a los principios que rigen el ámbito de aplicación de la ley penal en el espacio, prescindiendo de otras instituciones conexas que suelen a menudo estudiarse conjuntamente, obedece a la convicción de su perfecto deslinde y análisis por separado, como se pretende demostrar en el trabajo, junto a razones pragmáticas derivadas de la evidente complejidad de abarcar materias diversas.

El tercero de los ejes de este estudio se contrae al Derecho español, con la pretensión de examinar la concreta regu

lación del ámbito de validez de nuestra ley penal y su ajuste con las formulaciones realizadas previamente. Esta última parte -la más amplia- no se limita al Derecho positivo vigente, sino que toma en consideración los precedentes históricos positivos y aún los que quedaron en malogrados intentos de positivización, con idéntica sistemática y rigor. De ahí que se verifique una exposición de la evolución histórico-sistemática completa, incluyendo además de precedentes remotos contenidos en Fueros y Partidas, y de la LOPJ de 1870 y el Código penal de 1928, -textos positivos de la historia legislativa española previendo la materia, y los distintos proyectos o anteproyectos de Códigos penales elaborados en los últimos años en los cuales, parcial o totalmente, se regulaba.

Es necesario referirse en este punto a las novedades no previstas cuando se adoptó la decisión de acometer la investigación, que se han producido en un corto intervalo de tiempo como consecuencia de la promulgación de distintas leyes orgánicas, afectando directa y sustancialmente a la misma. Efectivamente, la L.O. 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, ha supuesto una profunda modificación de la vetusta y obsoleta normativa en vigor durante más una centuria, adaptada en líneas generales, a otras legislaciones nacionales de moderna regulación, aún cuando por adelantado deba indicarse arrostrados defectos fundamentales, el de continuar sirviéndose de leyes extramuros del Código penal, leyes absolutamente inadecuadas o inapropiadas para este fin, y el de acoger notorias imperfec

ciones e, incluso, lagunas incomprensibles. Todo ello seguramente como consecuencia de la precipitación con que fueron introducidos los preceptos relativos al tema en la meritada Ley ya en el último momento de su tramitación parlamentaria.

Junto a esta norma, poco tiempo después se promulgan la L.O. 13/1985 de 9 de diciembre de Código penal militar, y la L.O. 14.1985 de 9 de diciembre de modificación del Código penal y de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, en correlación - con el Código penal militar, cuya incidencia no puede pasarse por alto, aunque opere sobre aspectos singulares o parciales y no sobre la totalidad de la problemática ínsita en nuestro trabajo. También aquí es posible elucidar algunas lagunas y aún desconexiones con las previsiones de la LOPJ. Por último es preciso traer a colación la L.O. 1/1986 de 8 de enero, de supresión de la Jurisdicción penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas, en la medida que afecta a un aspecto muy puntual de la materia.

Estas nuevas disposiciones y todas las leyes especiales desperdigadas en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico español, incidiendo en mayor o menor medida sobre el objeto - que tratamos, sin duda permiten advertir de la existencia de una verdadera "malla de normas", cuya complejidad deriva de - su misma realidad cuando no de su contenido y consecuencias. El reto, a nuestro modo de ver, radicaba precisamente en con-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

tribuir modestamente a desentrañar esa compleja regulación a
pesar de las dificultades propias con que se encontraría el
empeño.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PRIMERA PARTE

CUESTIONES GENERALES

CAPITULO I

SIGNIFICACION, OBJETO Y ENCUADRE DISCIPLINAR

DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Consideramos de todo punto imprescindible comenzar este trabajo propiciando una seria y profunda indagación de aspectos generales que inciden, decisivamente -tanto en lo formal como en lo sustancial- sobre la materia a tratar.

Si bien es cierto que cualquier punto, parte o aspecto de una disciplina -jurídica o no- plantea numerosos posicionamientos, con orígenes muy diversos y apoyados en razones que no es preciso explicitar aquí, y que provocan la implantación de diferentes tesis o tendencias, es asimismo incontrovertible que el tema que nos ocupa presenta todas y cada una de las características citadas y seguramente algunas más. Es por ese motivo, que desde nuestra óptica aparece necesario intentar exponer -siquiera sea de manera sucinta pero sistematizada- las más relevantes posiciones adoptadas a lo largo del tiempo sobre temas tan cruciales como la misma titulación o rúbrica, la definición o concepto de la materia, su objeto, su lugar o encuadramiento disci

plinar, etc., en cuanto aspectos básicos o elementales que merecen atención y a los cuales debemos conceder una lógica primacía para, a partir de ellos, adoptar una postura propia que contribuya a esclarecer lo que aparece confuso, ya por vía de rescatar algunas ideas preteridas u olvidadas, ya por la vía de aportar ideas novedosas. Obviamente la tarea no deja de ser impropia y ambiciosa y mucho menos queda exenta, en sus resultados, de objeciones. En cualquier caso, es preciso coincidir, al menos, en la conveniencia y/o utilidad de realizar dicha tarea. Siwa a estos efectos introductorios, sin perjuicio de cuantas precisiones se formulan en su lugar oportuno, algunas reflexiones para ilustrar lo que acabamos de decir. En primer término, y desde su primitiva formulación la denominación, rúbrica o titulación de la materia ha sido discutida, criticada e incluso rechazada por impropia y carente de precisión. En efecto, el nombre de Derecho penal internacional ha sido blanco de sucesivas críticas y rechazos tanto por la doctrina nacional como por la internacional, destacando por encima de todas ellas, la tesis mantenida por un destacado grupo de autores, alusiva a la impropiedad de denominar con este título, adjetivado de internacional, lo que no es más que un conjunto de normas de marcado, cuando no exclusivo, carácter interno. Consecuencia inmediata de esa tesis es la utilización de diversas rúbricas o denominaciones para -

acoger la misma materia, lo que dota a ésta de una --
cierta originalidad.

En segundo término, aparece de igual modo controver-
tido el contenido asignado como objeto de esa discipli-
na denominada Derecho penal internacional, sin que sea
posible encontrar unanimidad en las posiciones doctri-
nales delimitando los perfiles o contornos específicos
a estudiar en ella. De esta manera es posible consta-
tar situaciones dispares en cuanto al objeto asignado
que resultan altamente distorsionantes.

Junto a estas dos cuestiones fundamentales, debemos
tener en cuenta, en tercer término, la problemática --
que suscita su encuadramiento disciplinar. El llamado
Derecho penal internacional, en su acepción más común,
esto es, como conjunto de normas internas que regulan
el ámbito de aplicación de las leyes penales en el es-
pacio, -con independencia de si su contenido queda li-
mitado a ese concreto tema o si, por el contrario, a -
él se adicionan otras normas de algún modo conectadas-
que ha formado parte, tradicionalmente, de la materia
de estudio del Derecho penal y que también ha merecido
la dedicación de procesalistas e internacionalistas, -
ha venido a ser reclamado, por voces autorizadas, como
parte integrante del Derecho procesal y sobre todo del
Derecho internacional en la rama calificada de privado.

Esta peculiar temática que se plantea, con todas -- las consecuencias que devienen o derivan de los distin- tos planteamientos adoptados por la doctrina, nos su- giere la conveniencia de dedicarle la debida atención con el propósito de determinar y delimitar adecuada- mente el campo de estudio acometido, sistematizando -- previamente las actitudes y opiniones vertidas por la doctrina que se ha ocupado de ello.

II. EVOLUCION DEL TERMINO DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

A. COMO CONJUNTO DE NORMAS INTERNAS O NACIONALES.

a) Definiciones.

Se atribuye sin discusión a BENTHAM la pater- nidad de esta rúbrica y de este concepto para designar "las reglas de derecho nacional referentes a los lími- tes de aplicación de la ley penal en el espacio". La - discrepancia surge, no obstante, en cuanto al empleo - por vez primera de este término por el filósofo utili- tarista inglés, ya que si bien JIMENEZ DE ASUA¹ y QUIN TANO RIPOLLES² estiman que ello se produce con la pu--

1 Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Filosofía y Ley penal. 3ª e- dición. Editorial Losada. Buenos Aires, 1964, pág. 717.

2 Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal. - Tomo I. Instituto "Francisco de Vitoria", Consejo Superior de - Investigaciones Científicas. Madrid, 1955, pág. 11.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

blicación de sus "Principles" en 1820, otros autores - como FONTAN BALESTRA sostienen que BENTHAM ya se refería al Derecho penal internacional en su *Traité de la législation civile et penale* publicado en 1802, y POSTESTA COSTA, situa su origen en 1789³.

Con independencia de cuál sea la fecha exacta de la aparición, lo cierto es que la fortuna del título y del contenido asignados por BENTHAM han sido dispares y como tendremos oportunidad de comprobar, junto a la aceptación de los mismos sin reservas, o modificando por la vía de adicionar nuevo contenido, su objeto, ha de tomarse en consideración el rechazo y negación que un amplio sector doctrinal ha manifestado y manifiesta al respecto. Ello no es, sin embargo, obstáculo para reconocer el éxito del término Derecho penal internacional y su utilización, al menos convencionalmente, para definir la materia que habitualmente se agrupa en Derecho penal al amparo de la expresión "Ley

³ Citados en FIERRO, G.H. *La ley penal y el Derecho internacional*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977, pág. 5.

penal en el espacio"⁴. Este es el caso de LEVI, manteniendo el nombre en su trabajo citado, habida cuenta - que la expresión resulta cómoda, y que dicha intitulación aporta un concepto suficientemente claro y exacto, aunque reconozca previamente que "in nessun caso si -- puó parlare di diritto penale nei rapporti tra Stati"⁵. En la doctrina española hacen lo mismo COBO y VIVES argumentando que "el nombre es una simple convención"⁶ y

4 Ejemplos del éxito del término son las obras y tratados que lleven ese título; Vid. FIORE, P. que denomina así su Tratado, aparecido por primera vez en una obra más amplia publicada en 1875-1876 bajo el nombre de "Estudios sobre los efectos internacionales de las sentencias y demás actos judiciales", y que en su segunda edición de 1878 publicada y traducida al castellano en 1880 prefiere "publicarlas por separado, cambiando el título de esta segunda parte de nuestro estudio primitivo, para indicar - de un modo más exacto las materias que en ella se tratan". Prefacio 2ª edición, pág. VII. Madrid, 1880. (No parece por eso correcta la apostilla de QUINTANO RIPOLLES de que "el nombre es propio, sin embargo, de la segunda edición española, refundición de las dos obras italianas "Della giurisdizione penale y del -- tratado sobre extradición, aparecidas originariamente por separado", cit. Tomo II, pág. 11). Idem. M.P. DIAZ, que con el mismo título, estudia en él las normas relativas a la determinación de la ley penal en el espacio. 2ª ed. Librería General Victoria no Suárez. Madrid, 1911. LEVI, N. Diritto penale internazionale. Dott. A. Giuffrè editore. Milano, 1949. LOMBOIS, C. Droit pénal international. 2ª edición. Dalloz. París, 1979. Añadimos también, aun cuando la materia estudiada excede el aspecto ahora comentado, la capital obra de QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional penal. Tomos I y II. C.S.I.C. "Francisco de Vitoria" Madrid. 1955-57, entre las más destacadas.

5 LEVI, N. Ob. cit., pág. 9.

6 COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTON, T.S. Derecho Penal. Parte general (Edición completa, adaptada a la reforma de 25 de junio - de 1983. Universidad de Valencia 1984, pág. 197.

acogiendo bajo ese epígrafe las tesis de DONNEDIEU DE VABRES⁷.

Tomando como punto de referencia el concepto de BENTHAM, muchas y muy diferentes son las definiciones que se han dado del Derecho penal internacional, - en ese contexto, algunas de ellas son ya tradicionales por reiteradas, como las de VON ROHLAND⁸, MARTITZ⁹, -- MEILI¹⁰, VON BAR¹¹, TRAUB¹², GRISPIGNI¹³, MARTENS¹⁴

7 Précis de Droit Criminel. París, 1946, pág. 445.

8 "Conjunto de principios de Derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y leyes penales respecto a las personas y los bienes jurídicos" Citado en SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J. - Delincuencia política internacional. Madrid 1973, pág. 32.

9 "Sistema de reglas de Derecho concernientes a la aplicación al extranjero del Derecho penal nacional o mejor, del Derecho interno". Citado en SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J. ob. cit. pág. 32.

10 "Conjunto de leyes y principios de Derecho que resultan de la circunstancia de que ciertos actos delictivos caen bajo el imperio de disposiciones penales de distintos Estados soberanos". - Citado en SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J., cit., pág. 32.

11 "Derecho penal de los Estados tomado desde el prisma internacional" Citado en QUINTANO RIPOLLES. 4 Ob. cit. T. II, pág. 11.

12 "El Derecho penal internacional está constituido por la teoría de los límites recíprocos que afectan a la competencia penal soberana de los Estados en lo que se refiere al campo de aplicación efectiva de su legislación penal, así como por las normas referentes a las asistencia jurídica que los Estados deben prestarse recíprocamente para la puesta en marcha de la actuación penal". En SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J. cit. pág. 34.

13 GRISPIGNI, F., Diritto penale italiano. Vol. primo. Nuova ristampa della seconda adizione con appendici. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1952, pág. 373, incluye en el "considerado" Derecho penal internacional "las normas que regulan los límites de eficacia del derecho penale en relación al espacio", añadiendo a su estudio el de la extradición.

14 "Conjunto de reglas jurídicas que determinan las condiciones mediante las cuales los Estados deben ayudarse recíprocamente en los asuntos judiciales, con el fin de asegurar el ejercicio de su poder penal en el dominio de la comunidad internacional". Citado en SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J., cit. pág. 34.

DONNEDIEU DE VABRES¹⁵, CORNIL¹⁶, LEGROS¹⁷, JANNACONE¹⁸,
SANCHEZ DE BUSTAMANTE¹⁹, VIEIRA²⁰, DIENA²¹, SAGONE²²,

- 15 "Ciencia que determina la competencia de jurisdicciones penales del Estado frente a las jurisdicciones extranjeras, la aplicación de sus leyes criminales, leyes de fondo y forma, en orden a los lugares y a las personas que ellas rigen, la autoridad, - sobre su territorio de las sentencias represivas extranjeras". A este concepto que recoge y traduce JIMENEZ DE ASUA, L. Ob. -- cit. T. II., pág. 718, añade posteriormente el autor francés la "institución de la extradición" en sus Précis, cit., pág. 445.
- 16 Considera al Derecho Penal Internacional "reducido a estudiar - los efectos de las leyes penales más allá de las fronteras y a la interayuda internacional en la lucha contra la delincuencia de derecho común". Vid. JIMENEZ DE ASUA, Ob. cit. Tomo II, pág. 722.
- 17 "Ciencia consagrada a resolver las cuestiones de orden penal que incluyen uno o más elementos extranjeros, referentes al juez competente, al lugar o a la naturaleza del delito, a la persona de la víctima o del actor". Vid. SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J. cit. pág. 33.
- 18 "Reglas de derecho penal interno en cuanto a su alcance extraterritorial o a su ordenación en el espacio". Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. cit., pág. 721.
- 19 Indica que esta "rama jurídica se ocupa del alcance y la eficacia de la ley penal en cada nación dentro y fuera del territorio". SANCHEZ DE BUSTAMANTE, A. Manual de Derecho Internacional Privado. 2ª ed. Editorial Carasa. La Habana, 1941, pág. 385.
- 20 Para este autor "el objeto del derecho penal internacional es - por regla general encarar las acciones punibles de los individuos que por una u otra razón poseen elementos supranacionales o extranjeros, derecho elaborado en su casi totalidad por el ordenamiento interno del Estado cuando establece sus propias leyes represivas y la consideración de la ley penal foránea". Vid. FIERRO, G. cit., pág. 6.
- 21 "Es aquella parte del Derecho internacional que comprende las - normas relativas a la competencia judicial y legislativa de los Estados para la represión y castigo del delito, así como la regulación del procedimiento al que deben recurrir los Estados para ayudar a la administración de justicia en materia penal" Vid. SAENZ DE PIPAONY MENGES, J. cit., pág. 34.
- 22 "Designar la ley o las leyes aplicables, determinar los efectos que deben ser reconocidos, ya a las leyes represivas de otro país, ya a los actos ejecutados en virtud de esas leyes, decidir si la competencia debe ser admitida en materia represiva, a las autoridades de otros países, y, cuando ella sea posible, fijar los límites de la cooperación, esto es lo que constituye el objeto del derecho penal internacional" SAGONE, G. Pour un droit pénal international. RINDP, 1928, pág. 363.

GLASER²³ o DEL ROSAL²⁴.

Otras definiciones, menos reiteradas, como las de QUADRI²⁵, BATTAGLINI²⁶, o MANTOVANI²⁷, hacen especial mención de un aspecto particularmente importante, ya que además de reflejar su origen (en el derecho interno o nacional), advierten de su utilidad (coexistencia con otros Estados en el ámbito de la comunidad internacional).

Otros autores, más recientemente, describen en sus definiciones con mayor o menor amplitud, -según los casos-, los elementos esenciales configuradores del De-

23 Para este autor, el término Derecho Penal Internacional sirve - "para indicar y para determinar únicamente las reglas jurídicas del derecho nacional relativas a la aplicación de las leyes penales en el espacio". GLASER, S. Droit international penal conventionnel. Etablissements Emile Bruylant. Bruxelles, 1970. Tome I, pág. 21.

24 El penalista español admite la expresión "ampulosa" "si se reduce al ámbito del Derecho penal internacional a la modesta y justa zona de las cuestiones de la aplicación de la ley penal en el espacio...". DEL ROSAL, J. Tratado de Derecho penal español. Parte general. Vol. I. 3ª edición. Revisada y corregida por M. COBO DEL ROSAL. Madrid, 1978, pág. 370.

25 QUADRI, R. Diritto penale internazionale. Padova. 1944, pág 159, señala que esta disciplina se dedica al estudio "del modo en el que un determinado ordenamiento jurídico interno provee, con referencia a la materia penal, a resolver los problemas planteados al Estado, del cual tal ordenamiento emana, por el hecho de su coexistencia con otros Estados en el cuadro de la superior comunidad internacional".

26 BATTAGLINI, G. Diritto penale. Parte generale. 3ª edición. Cedam. Padova 1949, pág. 81, bajo esta denominación, entiende únicamente "el conjunto del derecho penal interno que está dirigido a tutelar intereses no exclusivos de un sólo Estado".

27 MANTOVANI, F. Diritto penale. Parte generale. Cedam. Padova. 1979 pág. 817, lo conceptúa como "el complejo de normas de derecho interno con las cuales cada Estado resuelve los problemas que se le plantean por el hecho de coexistir con otros Estados soberanos en la superior comunidad internacional".

recho penal internacional. Es lo que hacen CATELANI y STRIANI quienes afirman que éste "está constituido por aquella parte del derecho positivo sustancial que concierne al hecho-delito, cuando en su configuración interviene un elemento de extranjería, representado por ejemplo por el lugar de realización del suceso o de manifestación de una parte de la acción o por la ciudadanía de los sujetos del delito (imputación y también persona ofendida)"²⁸. PLAWSKI, en esa línea, señala como "la noción de Derecho penal internacional se refiere a aquella parte del derecho penal interno que tiene por tarea determinar la competencia represiva del Estado - en el dominio de la lucha contra la criminalidad especializada por el elemento internacional. Este elemento internacional lo configuran los lugares de la infracción o la nacionalidad del sujeto activo o pasivo. Se trata, pues, de la competencia represiva del Estado para castigar las infracciones cometidas fuera de su territorio o cometidas por sus ciudadanos sobre territorios de otros Estados o, en fin, aquellas que con cometidas en perjuicio del Estado o de sus ciudadanos en el extranjero"²⁹. Mucho más resumida y concisa aparece

28 CATELANI, G. / STRIANI, D. L'estradizione. Giuffrè Editores. Milano, 1983, pág. 20. Coincide con el concepto "puramente pragmático" de JESCHECK, comprendiendo "toda aquella norma de naturaleza penal que concierne a la inserción del Estado en la comunidad de pueblos, y de los Estados en la defensa de esta comunidad y de sus supremos bienes jurídicos" L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua piu recente evoenzione. RI+DPP 1971, pág. 633

29 PLAWSKI, S. Etude des principes fondamentaux du droit international penal. Librairie generale de droit et de jurisprudence. R. Pichon et R. Durand-Auzias. París. 1972, pág., 11.

la de JESCHECK sosteniendo que "el Derecho penal internacional se ocupa de la cuestión de cuándo está sometido al poder punitivo propio un supuesto de hecho que, bien por la nacionalidad del delincuente o de la víctima o bien porque se haya cometido en el extranjero, muestra un aspecto internacional"³⁰.

Abstracta y ambiciosa es la definición que emplean MERLE Y VITU señalando que el Derecho penal internacional es "la parte del derecho criminal que tiene por tarea determinar los límites de la competencia legislativa y judicial represiva de cada Estado frente al fenómeno de la criminalidad internacional -de precisar las modalidades de la colaboración interestatal en la lucha contra esta criminalidad internacional-, a fin, de prever la codificación de las reglas represivas internacionales y la institución de una justicia penal internacional"³¹.

30 JESCHECK, H.-H. Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen primero. Barcelona, 1983. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir PUIG y F. MUÑOZ CONDE, pág. 220.

31 MERLE, R. / VITU, A. Traité de droit criminel. Problemas généraux de la science criminelle. Droit pénal général. Editions Cujas. - 4ª ed. París 1981, pág. 345. Una muy reciente definición del Derecho penal internacional, haciendo especial referencia a la última parte del cometido asignado por los autores franceses, es la que nos proporciona TEZCAN. Este autor parte de considerar "que, desde una óptica contemporánea, conviene poner el acento sobre el hecho de que el derecho penal internacional persigue un objeto que supera el cuadro interno de las legislaciones nacionales", para convenir que esta es "la rama del derecho que trata de la organización de una cooperación represiva internacional con la intención de lograr una justicia equitativa y sin lagunas cuando se halle en presencia de una infracción conteniendo uno o varios elementos de extranjería". TEZCAN, D. Territorialité et conflits de juridictions en Droit Pénal International. Préface Robert Legros. Publications de la Faculté des Sciences Politiques de l'Université D'Ankara. Nº 525, Ankara 1983, pág. 6.

Las diferentes acepciones precedentemente expuestas, -incluyendo todas ellas diversos elementos³², -conducen, lógicamente, a configurar al Derecho penal internacional, como una disciplina jurídica con un muy divergente contenido u objeto, según podemos apreciar. En definitiva, existe un sector doctrinal estimando como objeto de estudio de aquél únicamente las normas de naturaleza penal que determinan su ámbito de aplicación espacial; por el contrario, un segundo grupo de autores, amplían ese contenido y, además de las leyes penales citadas, incluyen las normas de carácter procesal y entrea ayuda penal que sirven a los fines de la cooperación entre los Estados en este campo; existiendo, por último, un tercer sector que, excluyendo las normas penales, le asigna un objeto residual en base a instituciones de carácter eminentemente procesal. Es-

32 Precisamente por esa diversidad de elementos, algún autor como ALCORTA consideraba en principio indefinible esta materia (Vid. FIERRO, G., Ob. cit. págs. 3-4) aunque posteriormente afirme que "el derecho penal internacional, considerado desde el punto de vista argentino, es el conjunto de preceptos jurídicos - en virtud de los cuales el Estado argentino, como miembro que es de la comunidad de los Estados, determina el radio de validez local de sus normas punitivas con respecto a personas o bienes jurídicos nacionales y extranjeros. ALCORTA, C.A. Las teorías del Derecho penal internacional en la legislación argentina. R.P.A. Tomo III. Julio-Diciembre 1923. Buenos Aires, pág. 34.

tas tres diferenciadas posiciones sobre el objeto del Derecho penal internacional, son agrupadas por nosotros a continuación bajo los epígrafes siguientes; objeto propio o estricto, objeto extensivo y objeto restrictivo, respectivamente, tomando como referencia en todo caso, la definición y el contenido derivado de la proposición de BENTHAM.

b) Objeto.

1. Propio o estricto.

En la línea determinada por el filósofo inglés, un amplio espectro de autores configuran esta disciplina exclusivamente con normas penales³³. Esta es, también, la posición que mantiene JESCHECK siguiendo la tradición alemana plasmada en las opiniones de VON ROHLAND, MARTITZ y MEILI transcritas³⁴. Para el penalista germano, el contenido del Derecho penal inter-

33 Entre otros, debe incluirse en esta corriente a: CATELANI G./ - STRIANI, D., cit., pág. 20; SANCHEZ DE BUSTAMANTE, M., cit., -- pág. 385; VIEIRA, M.A. Vid. FIERRO, G., cit, pág. 6; JANNACONNE Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. cit., pág. 721; LEGROS, R. Vid. SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J., cit. pág. 33; PLAWSKI, S. cit., pág. 11; ALZORTA, C.A. cit., pág. 34; CAVALLO, V. Diritto penale. Parte generale. Volumen I. L'essenza del diritto penale, casa Editrice Dott. E. Jovene 2ª ed. Napoli, 1962, pág. 432.

34 Vid. páginas antes de este trabajo.

nacional queda limitado a "las reglas que determinan los límites del propio poder punitivo", esto es, "la legislación penal en el sentido de que el Estado, tanto frente al delincuente como frente a los demás Estados, posee la facultad de ejercer la coacción jurídica a través del Derecho penal en relación a una determinada acción", describiendo "las ideas fundamentales" que se hallan presentes en las reglas del mismo: "la salvaguardia del orden público interestatal, la vinculación del ciudadano nacional que se encuentra en el extranjero, al ordenamiento jurídico interno, la protección del catálogo nacional de bienes jurídicos protegidos, la solidaridad en la lucha contra la delincuencia como misión cultural común de la humanidad, la plenitud del poder punitivo estatal por encima de las fronteras y la mayor justicia posible en el tratamiento del caso concreto"³⁵. De la misma opinión es DEL ROSAL al concretar su contenido a los problemas que plantea la aplicación de la ley penal en el espacio"³⁶.

35 JESCMECK, H.-H. Tratado I, cit., págs. 220 y ss.

36 DEL ROSAL, J. Tratado I, cit., pág. 370.

2) Extensivo.

La postura, tal vez más extendida, de asignar al Derecho penal internacional materias no exclusivamente penales, -también de larga tradición doctrinal³⁷- encuentra en autores como DONNEDIEU DE VABRES Y QUADRI importantes valedores. El tratadista francés considera objeto de esta disciplina, tanto las normas de aplicación de la ley penal en el espacio, como las que determinan la competencia jurisdiccional, así como el reconocimiento de las sentencias represivas extranjeras y la extradición³⁸. El internacionalista italiano, particularmente preocupado por "la tutela de los intereses extranjeros o internacionales", incluye como contenido propio del Derecho penal internacional, -según advierte VASALLI- "el estudio de la eficacia internacional de la ley penal interna, el reconocimiento de la sentencia penal extranjera, la colaboración entre los Estados en materia penal con particular referencia a la extradición, pero sobre todo y ante todo, el capítulo relativo a la tutela penal de los intereses extranjeros

³⁷ Tanto TRAUB, vid, SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J., cit. pág. 34, como DIENA, vid. SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J., cit. pág. 34, GRISPIGNI, F. Diritto, cit, pág. 373; o CORNIL, L., vid, JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado II, cit, pág. 722, han mantenido esta concepción, que continúan entre otros, SAGONE, G., cit, pág. 363, -- PLAWSKI, S., Etude., cit, pág. 11, MERLE, R./VITU, A. Traité, cit. pág. 345 y TEZCAN, D. Territorialité, cit, pág. 6.

³⁸ DONNEDIEU DE VABRES, H., Précis, cit, pág. 445.

y de los intereses internacionales por parte del Derecho penal interno"³⁹.

A estas competencias, se añadiría con GLASER "las disposiciones sobre la entreaayuda judicial"⁴⁰ y, de acuerdo con la configuración de COBO y VIVES, la institución del asilo⁴¹. Resumida esta opción por CUELLO CALON, el campo que abarcaría el Derecho penal internacional quedaría constituido no sólo por las normas que regulan la aplicación del Derecho penal y del Derecho procesal internos a los delitos cometidos más allá de las fronteras nacionales sino además "por las normas relativas al auxilio jurídico internacional, en particular a la extradición, y las referentes a la represión de los delitos que pueden comprometer las buenas relaciones con otros Estados (delitos contra Estados extranjeros, contra sus jefes o sus representantes, etc.). Asimismo caen dentro de su esfera las normas de Derecho penal interno provenientes de acuerdos o tratados internacionales sobre delitos que lesionan bienes jurídicos comunes a todos los países civilizados (trata de mujeres, publicaciones obscenas, falsificación de moneda, protección de cables submarinos, terrorismo,

39 Vid. VASALLI, G., In tema di diritto internazionale penale. --- GPen, 1951, pág. 258.

40 GLASER, S. Droit pénal, cit, pág. 21.

41 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S. Derecho penal, cit, pág. - 197.

estupefacientes, etc.) y las introducidas en el Derecho nacional, por vía de copia o imitación de las legislaciones de otros países, por cuyo conducto se va formando un Derecho penal común a ciertos estados o grupos de estados"⁴².

3. Restrictivo.

Esta posición, que antes denominábamos residual, únicamente es mantenida por BUSTOS, el cual tan sólo considera objeto del Derecho penal internacional "la extradición y el asilo", por cuanto son las dos "instituciones destinadas a resolver los conflictos que se pueden dar en virtud de la aplicación espacial de las leyes penales"⁴³.

42 CUELLO CALON, E. Derecho penal, parte general, Tomo I. Volumen I. Revisado y puesto al día por C. Camargo. 18ª ed. Editorial Bosch. Barcelona, 1980, pág. 248. Menos pretenciosa aparece la asignación de contenido que hace PESSINA en tres partes; "Una es aquella de la eficacia de la ley penal del Estado sobre delitos cometidos en su territorio. La segunda es aquella de las medidas supletorias de la ley penal del Estado sobre delitos cometidos fuera de su territorio. La última es aquella de la cooperación para lograr eficacia en la persecución de delitos por parte de aquel Estado competente para castigar a los autores". PESSINA, E. L'efficacia della legge penale sotto l'aspetto de--lluogo (Teoría del Diritto penale internazionale). Enciclopedia del Diritto penale italiano. Tomo III. Milano, 1906, págs. 42-43.

43 BUSTOS RAMIREZ, J. Manual de Derecho penal español. Parte general. Ariel Derecho. 1ª. Barcelona, 1984, pág. 110.

c) Críticas.

Tan antiguas como el uso de la denominación -- son las críticas que ha merecido, impugnatorias o descalificadoras unas, señalando su impropiedad o imprecisión otras, cuestionando, en definitiva todas, el título y/o el contenido asignado al Derecho penal internacional.

Deben recordarse entre sus detractores a VON BAR, FRANK y MARTENS⁴⁴, cuyas definiciones se refieren exclusivamente a la competencia judicial, y como no, a BINDING⁴⁵, BELING⁴⁶, VON LISZT⁴⁷, MANZINI⁴⁸, --

- 44 Vid. Las mismas transcritas en notas de este trabajo, ya citadas.
- 45 Afirma que la denominación "es mala y que la emplea tan sólo -- con el fin de abreviar". Vid. JIMENEZ DE ASUA, Tratado II, cit. pág. 719.
- 46 Aunque reconoce lo extendido del título opina que "no se trata en realidad de un verdadero derecho "internacional" sino más -- bien de derecho nacional alemán" añadiendo que "los correspondientes preceptos jurídicos no representan un género especial -- de Derecho penal, sino que sólo pueden enseñarnos, mediante una especie de corte transversal, ciertas particularidades del sistema jurídico positivo. Vid. JIMENEZ DE ASUA, Tratado II, cit. pág. 720.
- 47 Sostiene que la "denominación es completamente inapropiada" por cuanto "Derecho penal internacional en sentido propio, son aquellas disposiciones penales que se dictan, no para un Estado particular, sino para la comunidad de los Estados civilizados, es decir, para la comunidad sometida al derecho de gentes". VON -- LISZT, F. Tratado de Derecho penal. Tomo II. Traducción de la -- 20ª edición alemana por L. JIMENEZ DE ASUA y adicionado al Derecho penal español por Q. SALDAÑA. Tomo II. 3ª ed. Editorial Reus. Madrid. Pág. 112.
- 48 Señala que es impugnable la existencia de este derecho, pues -- "no existen ni delitos ni penas de Derecho internacional, y por eso tampoco un Derecho penal internacional en sentido propio". MANZINI, V. Trattato di diritto penal italiano. 5ª ed. Aggiornata dei professori P. NUVOLONE e G.D. PISAPIA. Tomo V. Utet. Turín, 1981, pág. 194.

FERRI⁴⁹ o GARRAUD⁵⁰, refutando con similares concepciones tanto su denominación presuntuosamente calificada de "internacional", como su objeto.

Posteriormente esa misma censura fué continuada por autores de la talla de MAURACH⁵¹, MEZGER⁵², WELZEL⁵³,

- 49 Apoyándose en la posición de ANZILOTTI, descarta la consideración de su carácter internacional al tratarse "siempre de la aplicación del Derecho interno (que hace ejecutiva la Convención Internacional)", y asevera que el verdadero Derecho penal internacional "existirá sólo cuando se organice entre los Estados una justicia penal común a ellos". FERRI, E. Principios de Derecho Criminal. Traducido por J.A. RODRIGUEZ MUÑOZ. Madrid, 1933, pág. 149.
- 50 Para el penalista francés "es una forma inexacta de lenguaje empleada para designar a un grupo de problemas que interesan al Derecho penal nacional en su aplicación territorial a los delitos en el extranjero o a los delincuentes de nacionalidad extranjera". Vid. FIERRO, G. ob. cit., pág. 4.
- 51 No duda en afirmar que la denominación "es totalmente desacertada" porque "no nos hallamos aquí ante Derecho internacional, esto es, derecho nacido de la práctica internacional o de un sistema de convenios, que pretenda tener la jerarquía de norma interestatal. De lo que aquí se trata es de Derecho interno, esto es, de Derecho nacional que no deja de serlo por el hecho de que alguna de sus disposiciones deban su existencia a la obligación, internacionalmente asumida por el Estado, de situar determinados delitos bajo pena y de perseguir estos hechos con independencia del lugar de comisión". MAURACH, R. Tratado de Derecho penal. Traducción y notas de Derecho español por J. CORDOBA RODA. Ediciones Ariel. -- Barcelona, 1962. Tomo I, pág. 122.
- 52 Se limita a decir que el Derecho penal internacional "no es ciertamente Derecho internacional, sino Derecho alemán, que nos informa sobre la aplicación del Derecho penal del Reich en su relación con el extranjero". MEZGER, E. Tratado de Derecho penal 2ª ed. - Revista de Derecho privado. Tomo I. Madrid, 1946, págs. 109-110.
- 53 Las reglas de aplicación del Derecho alemán, "a pesar del nombre equívoco de Derecho penal internacional", no son "sino Derecho nacional (y ciertamente Derecho penal de ejecución)". WELZEL, H. - Derecho penal alemán. Parte general. Traducción de la 11ª ed. alemana por J. BUSTOS y S. YAÑEZ. 2ª ed. Ed. Jurídica. Santiago de Chile, 1976, pág. 45.

ANTOLISEI⁵⁴, y BETTIOL⁵⁵, poniendo todos ellos de manifiesto que la inadecuación del término surge del origen de las normas, fundamentalmente de carácter nacional o estatal, que constituyen su objeto.

De igual modo, han juzgado severamente esta disciplina destacados especialistas del Derecho penal internacional en sus distintas acepciones, entre los que cabe destacar a V.V. PELLA⁵⁶, GLASER⁵⁷, y LOMBOIS⁵⁸.

- 54 Considera que esta materia que algunos escritos vienen incluyendo bajo la denominación de Derecho penal internacional deviene "ineexacta, puesto que las normas que la regulan pertenecen al Derecho público interno. Un verdadero Derecho penal internacional todavía no existe". ANTOLISEI, F. Manuale di diritto penale. Tomo I. Parte generale. 8ª ed. Milano, 1981, pág. 93.
- 55 A su juicio la definición y el término resultan inexactos porque "un verdadero y propio Derecho penal internacional todavía no existe por la ausencia de un organismo supranacional que pueda dictar leyes y sanciones". BETTIOL, G. Diritto penale. Parte generale. 11ª ed. Padua, 1982, pág. 160.
- 56 Le parece "indebida" la denominación puesto que "su objeto es indicar la ley penal aplicable, determinar los efectos extraterritoriales de las leyes represivas de los diferentes Estados y fijar, como se ha dicho, las reglas de colaboración de las autoridades de diferentes países a los efectos del ejercicio de la represión, conforme a una de estas leyes..." -afirmando que por ello "en su acepción clásica, no es, pues, más que una simple ramificación o, mejor dicho, un capítulo del Derecho penal existente en cada Estado. He aquí por qué nosotros creemos que la denominación misma de Derecho penal intern., que hoy se da a esta disciplina jurídica, es completamente defectuosa". Su idea es que "en un provenir más o menos lejano, esta disciplina jurídica desaparecerá o, en todo caso, perderá progresivamente su importancia". V.V. PELLA. La Criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho penal del porvenir. M. AQUILAR. Ed. Madrid, 1931, págs. 228 y s.
- 57 La calificación de internacional, teniendo en cuenta su carácter de Derecho interno, únicamente se justifica para este autor "por el hecho de que se trata siempre, en el sentido atribuido a esta denominación, de un elemento llamado extranjero, que aparece tanto en el dominio del derecho como en el de la represión penal (por ej. la ayuda jurídica, la extradición, la aplicación de las leyes nacionales a las infracciones cometidas en el extranjero)". GLASER, S., cit. pág. 22.
- 58 A pesar de respetar en su obra el título que comentamos, comienza advirtiendo que la expresión "encierra una contradicción o, al menos, revela una ambigüedad", al servir "tanto para designar las reglas internacionales de naturaleza represiva como las reglas de Derecho interno relativas a las situaciones penales que comportan un elemento de extranjería". LOMBOIS, D. Droit pénal international. 2ª ed. Dalloz. París, 1979, pág. 1.

En la doctrina nacional un nutrido y destacado elenco de penalistas han mantenido y mantienen tesis de desaprobación y refutación del llamado Derecho penal internacional, que, por otra parte, sigue teniendo partidarios más allá de nuestras fronteras⁵⁹.

59 V.g. en Italia, MANTOVANI recuerda que "tratándose de Derecho público, la susodicha denominación es impropia" aunque se siga utilizando "por la ausencia de mejores denominaciones, en razón del elemento llamado de extranjería, de la dimensión internacional que está presente en los hechos considerados (nacionalidad extranjera del -- culpable o de la víctima, comisión del delito en el extranjero, etc.)" MANTOVANI, F. cit. pág. 817. MUSOTTO reitera que "no es propiamente internacional, sino únicamente Derecho nacional italiano respecto de países extranjeros". Su pensamiento resulta particularmente importante, por cuanto explicita razones para apoyar su postura, entre ellas que "la eficacia extraterritorial de la ley penal aún no se manifiesta. La actividad punitiva de cada Estado emana de su autoridad interna y se detiene en los límites de su territorio. Es verdad que existen delitos internacionales, esto es, delitos que comprometen los intereses materiales y morales de más Estados e incluso, de todos los Estados civilizados del mundo, pero no existen delitos de Derecho internacional... Consecuentemente, no existen delitos ni penas de Derecho internacional y no existe, por ello, un Derecho internacional penal en sentido propio. Existe sólo un complejo de principios presentes en la conciencia de todos los pueblos civilizados en la lucha contra el delito". MUSOTTO, G. Diritto penale. Parte generale. Palermo, 1981, págs. 58-59. En Alemania, STRATENWERTH muestra la incongruencia entre título y contenido al tratarse de "cuestiones en que los Estados nacionales deciden de forma básicamente soberana respecto del ámbito de aplicación" Vid. STRATENWERTH, G. Derecho penal. Parte gral. I. - El hecho punible. Traducción de la 2ª ed. alemana por G. ROMERO. Madrid Edersa, 1982, pág. 40. En Francia, BOUZAT y PINATEL, tras poner de manifiesto que en un sentido amplio se podrían establecer tres ramas en el Derecho penal intern. (en sentido estricto o Derecho penal internacional, Derecho penal y Derecho penal "interestatístico"), convienen que la primera de ellas (que es la que nos interesa aquí) "no merece apenas el calificativo de internacional, pues los conflictos que resuelve no tienen de internacional más que el elemento de extranjería que contienen; las reglas de solución de estos conflictos están dadas únicamente por las disposiciones nacionales". BOUZAT, P./PINATEL, J. Traité de Droit pénal et de criminologie. 2ª ed. Tomo II. Librairie Dalloz. París, 1970, págs. 1620-1621. En Hispanoamérica: -- NOVOA aduce que el nombre "no es apropiado o induce a confusiones". NOVOA MONREAL? E. Curso de Derecho penal chileno. Parte gral. Ed. jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1960, pág. 153. Y lo mismo sostiene FIERRO, G. ob. cit. pág. 43, reservando ambos la denominación para mejores empresas, bien "para denominar una nueva rama jurídica que tendría por objeto la represión de los delitos que pueden cometer los Estados en sus relaciones recíprocas y también la responsabilidad internacional de los individuos" como hace el autor chileno, ya para "cualquier disposición elaborada entre dos o más Estados cuyo propósito es prestarse una mayor y más eficaz asistencia en la lucha común contra la delincuencia" según el autor argentino.

Por un lado, QUINTANO RIPOLLES pone el acento en el carácter básicamente procesal del objeto que constituye su contenido, ya que "todos los tratados famosos consagrados a la materia, pese a sus títulos... no hacen más que desenvolver un tema parcial del asunto, el de la validez de las leyes penales en el espacio, es decir, - una cuestión de competencia, cien por cien procesal, y a lo más, un tema de cooperación judicial internacional, más bien orgánico"⁶⁰.

Por el contrario, tanto ANTON ONECA⁶¹ como JIMENEZ DE ASUA⁶², RODRIGUEZ DEVESA⁶³, CEREZO⁶⁴, BUSTOS⁶⁵,

- 60 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado I, cit. pág. 22. La misma tesis sustenta ANGULO, M. Lecciones de Derecho procesal internacional. Granada, 1974, págs. 119 y ss.
- 61 Coincide con VON LISZT en la "impropiedad del calificativo de internacional" asignado a lo que "en realidad es una rama del Derecho interno, un capítulo del Derecho penal o, como también se ha dicho, un derecho para la aplicación del Derecho penal". ANTON ONECA, J. Derecho penal. Parte general. Madrid, 1949, pág. 112.
- 62 El penalista hispano-argentino resalta como "una de las más modernas y exactas definiciones de esta disciplina tan controvertida" la brindada por DONNEDIEU DE VABRES y hace suyas las palabras de BELING descalificando como "impropio" lo que tan sólo presenta "relativas posibilidades de extraterritorialidad de algunos preceptos". JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado II, cit. pág. 720. De "inexacta" denominación la tilda SANCHEZ TEJERINA. Vid. SANCHEZ TEJERINA, I. Derecho penal español. Tomo I. 3ª ed. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1942, pág. 136.
- 63 Su oposición a la titulación de la disciplina radica en la aparición del llamado "Derecho internacional penal en los últimos tiempos con el que "se presta a confusiones". Prefiere llamar a esta materia como "figura en el epígrafe (Ambito espacial de la ley penal)". RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Derecho penal español. Parte gral. 9ª edición. Revisada y puesta al día por A. SERRANO GOMEZ. DYKINSON. Madrid, 1985, pág. 220.
- 64 Define ésta, con JIMENEZ DE ASUA, como "impropia". Vid. CEREZO MIR, J. curso de Derecho penal español. Parte gral. I. Introducción. Teoría jurídica del delito. 3ª ed. Ed. Tecnos. Madrid, 1985, pág. 210.
- 65 Considera que "en verdad su denominación es incorrecta" ya que no se trata de disposiciones de Derecho internacional ni que tengan efecto más allá de las fronteras..." BUSTOS RAMIREZ, J. Ob.cit. pág. 110.

SAENZ DE PIPAON Y MENGES⁶⁶ o CARBONELL MATEU⁶⁷, acogen - como elementos básicos para justificar sus planteamientos impugnatorios, los dos grandes defectos advertidos por la inmensa mayoría de autores; la inexistencia de delitos y penas de carácter internacional promulgados por organismos internacionales -toda vez que el contenido aparece constituido por normas de Derecho penal interno o nacional, aunque posea, ciertamente, elementos de extranjería o internacionales-; y la ausencia de una verdadera comunidad internacional dotada de organismos supranacionales capaces de aplicar aquellas leyes penales.

Como algunos otros autores foráneos, también - un sector de la doctrina patria se muestra partidaria - de reservar la denominación para mejores empresas. Así, SAENZ DE PIPAON Y MENGES alude a utilizarla "con vocación mucho más ambiciosa", para "instancias de mayor rango"⁶⁸, mientras CEREZO la guarda "para los primeros intentos - de establecer una legislación penal de carácter internacional, emanada de la comunidad internacional y a la que estuvieran sometidos directamente los ciudadanos de to-

66 Su rechazo de esta denominación amplia y con vocación ambiciosa se debe a la "profunda duda" del "carácter internacional de las normas delimitadora de las vigencia espacial de las leyes penales". SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J. , cit. pág. 55.

67 Rotundamente afirma que "Derecho penal internacional no lo hay" y - que lo que actualmente así se designa "realmente no es sino Derecho penal interno, regulador, eso sí, de conflictos de dos o más países". CARBONELL MATEU, J.C. Hacia un Derecho penal internacional en escritos penales. Col. de Estudios del Instituto de Criminología y Dpto. de Derecho penal. Universidad de Valencia, 1979, pág. 166.

68 SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J. Pág. 55.

das las naciones. Estas leyes penales -añade- que tutelarían los intereses fundamentales de la comunidad internacional serían aplicadas por tribunales internacionales"⁶⁹. Con el mismo propósito, defiende este título y nombres CARBONELL MATEU para el porvenir "porque la Comunidad Internacional -nos dice- marcha encaminada a ser una realidad superadora de ancestrales concepciones cerradas. El gran protagonista de la historia no es el Estado, sino la Humanidad, y ésta ha de lograr alguna vez que su soberanía no se vea usurpada por lo que no son - sino fórmulas intermedias de organización"⁷⁰.

B. COMO CONJUNTO DE NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES.

Acogemos bajo esta expresión las tesis, recientemente expuestas, de quienes adoptan la denominación de Derecho penal internacional, para referirse no sólo a las normas penales y no penales que delimitan la esfera de aplicación espacial, sino también, y junto a ellas, aquellas otras de carácter intrínsecamente internacional, manejando entonces sinónimamente los nombres de Derecho penal internacional y Derecho internacional penal que habían sido, tradicionalmente, diferenciados por la

69 CEREZO MIR, J. Curso, cit. pág. 210.

70 CARBONELL MATEU, J.C., cit. pág. 155.

práctica totalidad de la doctrina.

a) Definiciones.

El representante paradigmático de esta dirección es, sin lugar a dudas BASSIOUNI. Este autor, parte de afirmar que el Derecho penal internacional "constituye la rama del sistema jurídico internacional configuradora de una de las estrategias empleadas para alcanzar, respecto de ciertos intereses mundiales, el más alto grado de sujeción y conformidad a los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes; intereses sociales de alcance mundial que son resultado de una común experiencia a lo largo del tiempo y reflejo de la existencia de ciertos valores compartidos que la comunidad mundial considera necesitados de un esfuerzo colectivo de cooperación y de coerción para asegurar su protección. El objeto de las prescripciones normativas del Derecho penal internacional consiste, por tanto, en delimitar las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de trascendencia mundial dado, para cuya protección parece necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales, sanciones impuestas por los Estados miembros de la comunidad, a través de actuaciones nacionales o internacionales, colec-

tivas y de cooperación"⁷¹. Estimando que esta disciplina jurídica "es el resultado de la convergencia de los aspectos internaciones de la legislación internacional", el mismo se da cuenta y reconoce la complicación que -- surge del empleo del término, cuyo dualismo "resulta difícil de conciliar en orden a la correcta denominación de la disciplina"⁷².

b) Objeto.

Dadas las premisas expuestas por BASSIOUNI, se advierte con claridad que el contenido específico del Derecho penal internacional, -de acuerdo con su concepción-, deviene absolutamente ampliado y ambicioso, incluyendo en buena medida las previsiones de quienes respetaban la susodicha denominación para proyectos más generosos. En efecto, el citado autor señala que aquél está formado por los aspectos jurídico-internacionales del Derecho penal interno de los Estados "que comprende --- esencialmente sistemas de colaboración interestatal respecto de las personas buscadas por la comisión de delitos contra el orden jurídico interno, y no por delitos

71 BASSIOUNI, M. Ch. Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional. Traducción, notas y anexo de J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI. Editorial Tecnos. Madrid, 1984, págs. 49-50.

72 Particularmente, dice, "en los idiomas que provienen del latín" - donde se plantea "el eterno dilema de si debe denominarse "Derecho penal internacional o Derecho internacional penal". BASSIOUNI, M. Ch. cit. pág. 50.

contra el orden jurídico internacional... " (tema que -- considera "más procedimental que sustantivo" abarcando -- entre otros la extradición y las normas y prácticas re-- lativas a los conflictos de leyes), así "como nuevas vías de armonización de los diferentes intereses de los Esta-- dos en la defensa de su competencia penal extraterrito-- rial" (que comprende el reconocimiento de decisiones pe-- nales extranjeras, la transmisión de procedimientos pena-- les en curso, la ejecución de sentencias en el extranje-- ro, la prestación de testimonio de sentencias en el ex-- tranjero, la prestación de testimonio en países dife-- rentes de aquél en el que tiene lugar el proceso penal, cartas y comisiones rogatorias y otras formas de ejecución probatoria en países diferentes de aquél en el que se desarrolla el proceso penal y, por -- los aspectos penales del Derecho internacional) **objeto** especialmente novedoso que sirve para designar "una serie de disposiciones internacionales establecidas por vía con-- suetudinaria o acordada, incriminadoras de ciertos tipos de conducta, independientemente del hecho de que su apli-- cación se lleve a cabo interna o externamente". Entre -- ellos cita como materias a incluir en este doble aspecto del Derecho penal internacional, todas ellas reguladas -- internacionalmente: el control de la guerra, la re-- glamentación de los conflictos armados, la persecu-- ción de las infracciones de las leyes de la guerra, y co-- mo delitos comunes de intereses internacionalmente protegidos:

la esclavitud, el tráfico de esclavos y la trata de mujeres y de niños, el tráfico ilícito de drogas, la piratería aérea y el apoderamiento ilícito de aeronaves, el terrorismo y el secuestro de personas internacionalmente protegidas, el genocidio, etc⁷³.

c) Críticas.

A pesar de que no nos consten planteamientos^{73b} posteriores a la aparición de la obra de BASSIOUNI comentando y/o cuestionando su proyecto de aglutinar en torno a esta denominación aspectos tan desiguales, penales y procedimentales unos, nacionales e internacionales, los otros; e independientemente de nuestro parecer que exponemos en su momento, no nos parece ocioso o gratuito reproducir aquí y ahora la distinción que efectuaban, entre otros, JANNACONE y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, y que hace suya QUINTANO RIPOLLES entre Derecho penal internacional e internacional penal, fundamentalmente por su claridad y utilidad. Como expone el tratadista español, en el primero "se comprenderían las infracciones previstas y penadas en los ordenamientos estatales internos", en tanto que en el segundo se ubicarían "las de estructura puramente internacional". La dualidad obedece a la

73 BASSIOUNI, M.Ch. Derecho penal, ct. págs. 50 y ss. Vid. en éstos comentarios y análisis de todos y cada uno de los delitos de carácter internacional.

73 bis. Excepción hecha del comentario de CEREZO MIR, Curso, cit, pág. 211, nota 71, el cual considera "desacertado", por no contribuir a la necesaria clarificación conceptual el uso que el autor "de formación esencialmente anglosajona" hace de la denominación Derecho penal internacional.

diversa titularidad del poder para establecer una y --
otras normas, "en el Derecho penal internacional, la -
ostenta el Estado, mientras que en el internacional pe
nal, la Comunidad como un todo jurídico-cultural rela-
tivamente uniforme"⁷⁴.

C. DENOMINACIONES PROPUESTAS PARA REEMPLAZAR EL
TERMINO DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

El rechazo o desprecio de una denominación que -
no se ajusta, en su objeto, al título o calificativo -
que le acompaña, ha suscitado a lo largo de los años -
una sucesiva cascada de nuevas denominaciones con la -
pretensión de sustituir el "impropio" o "inexacto" nom
bre de Derecho penal internacional. Todas ellas, con -
mejor o peor destino, provienen de ilustres autores, y
todas ellas, adoptan como contenido propio la materia
que conocemos habitualmente como reglas o normas de a-
plicación espacial de la ley penal.

Sin aspiraciones de agotar cuantas hayan podido
formularse, exponemos las más significativas y difundi
das con el fin de completar el cuadro de este contro--

74 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit. Tomo I, pág. 20. El mismo au-
tor concibe el primero como "parte integrante del Derecho penal",
mientras que el internacional penal "como producto emanante de la
comunidad y no de un Estado singular es ante todo internacional".
Cit. Pág. 21.

vertido tema de la definición y del objeto, que nos ocupa.

a) Derecho de aplicación penal.

Este título, de gran tradición en la doctrina penal teutona, se debe a MAURACH, siendo aceptado, posteriormente, por otros destacados juristas de la misma nacionalidad, sin que haya merecido la atención en su uso por autores no germanos, salvo casos excepcionales⁷⁵.

MAURACH, en efecto, estima "más correcto" designar a las normas que delimitan el ámbito espacial de validez con la denominación de "derecho de aplicación penal". Advirtiendo, sin embargo, de las falsas interpretaciones que podría suscitar la expresión contemplando dicho derecho como "una especie de derecho de colisión, y por tanto, a concebirlo como conjunto de las prescripciones que deciden cuando hay que aplicar Derecho penal material extranjero y cuando Derecho penal material alemán"⁷⁶ fija su cometido, que consiste "más bien en delimitar la esfera de los hechos y de

75 En nuestro país, SANCHEZ TEJERINA sigue a MEZGER, Vid. SANCHEZ TEJERINA, I. cit. pág. 136, y del mismo criterio son NUÑEZ y TERAN Vid. TERAN LOMAS, R. Derecho penal. Parte gral. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 169.

76 Por el contrario, JESCHECH, tras recordar como el derecho vigente en Alemania "parte de la aplicación exclusiva del Derecho penal material alemán por los Tribunales alemanes" afirma que "en algunos casos determinados podría imponer la aplicación del Derecho penal extranjero, convirtiéndose en un derecho de colisión similar al Derecho internacional privado". Vid. JESCHECH, H.H. Tratado, cit. pág. 22

los autores, que deben someterse a su poder; los criterios decisivos los extrae, por supuesto, del lugar del hecho y de la nacionalidad del autor"⁷⁷.

Eximios representantes de esta tendencia son, además, MEZGER⁷⁸, SAUER⁷⁹ e incluso WELZEL, que si bien no cita expresamente el término "aplicación" sino "ejecución", ambos vocablos parecen denotar el mismo sentido⁸⁰. En la actualidad, JESCHECK asume secundariamente esta denominación. En su opinión "en una acepción estricta las reglas del Derecho penal internacional no tratan en primer lugar del ámbito de aplicación del propio Derecho penal material, sino del problema, previo a esa cuestión, de la extensión del poder punitivo del Estado, cuya existencia también se puede expresar por la remisión a otro ordenamiento jurídico. Sólo en segundo lugar, es el Derecho penal internacional un derecho de aplicación del Derecho penal"⁸¹.

77 MAURACH, R. Tratado, cit., págs. 122-123.

78 Mantiene que "los preceptos jurídicos que regulan la validez espacial, temporal y personal del Derecho penal, no son, Derecho penal, sino derecho de aplicación del Derecho penal". Vid. MEZGER, E., Tratado, cit. pág. 109.

79 Vid. SAUER, G. Derecho penal. Parte general. Traducción de J. DEL ROSAL y J. CERREZO. Editorial Bosch. Barcelona, 1956, págs. 30-31.

80 WELZEL, H. Derecho penal. Cit. pág. 45.

81 JESCHECK, H.H. Tratado, cit. pág. 220.

b) Derecho penal extranacional.

El patrocinador de esta expresión, LOMBOIS, aún cuando reconoce que "la mayor parte de las proposiciones se acomodan por el mantenimiento de la expresión de Derecho penal internacional para designar esta parte del Derecho interno que tiene por objeto las situaciones de Derecho penal comportando un elemento de extranjería", aboga por este nombre, cuya "característica es que la norma es de Derecho interno, en tanto que la situación sale, a causa de algún elemento, de la esfera represiva interna". A su juicio, con una expresión tal, se define "bien esta idea de una situación que no se sitúa de golpe en las relaciones entre las naciones, sino que, localizada de golpe en un sistema nacional (puesto que la norma es de Derecho interno), se evade (extra)"⁸².

c) Derecho penal interestático.

V.V. PELLA que, reserva el nombre de Derecho penal internacional para el porvenir como "ramificación del Derecho público internacional que determina las infracciones, establece las penas y fija las condi

82 LOMBOIS, C., Droit penal, cit., págs. 14-15.

ciones de responsabilidad penal internacional de los Estados y de los ciudadanos", estima preferible utilizar esta nueva denominación, más apropiada a la hora presente, en que el Derecho penal internacional "no se relaciona más que con individuos considerados como sujetos de infracciones. No se refiere a las infracciones cometidas por los Estados, no se ocupa más que de los delitos cometidos en el interior de los Estados -- que en general no influyen en las relaciones pacíficas entre éstos"⁸³.

La escasa fortuna del título se ve en la actualidad comprometida en su empleo, con un significado antitético al concedido por PELLA⁸⁴.

d) Derecho procesal internacional.

Tanto QUINTANO RIPOLLES, como SAENZ DE PI-PAON Y MENGES y ANGULO, conceptúan de Derecho procesal toda la temática relativa a los conflictos jurisdiccionales y al ámbito de aplicación de la ley penal en el

83 PELLA, V.V. Criminalidad, cit. págs. 229 y ss.

84 Concretamente PLAWSKI señala que "el Derecho penal interestatal tiene por objeto aplicar la represión a los Estados por las violaciones de las reglas de Derecho internacional público. Este derecho en realidad no existe en tanto que no existe ningún organismo superior al Estado que pueda aplicar sanciones represivas a los Estados en caso de violaciones de normas de Derecho internacional". PLAWSKI, S., Etude, cit. pág. 13.

espacio, subsumiendo la misma el primero de ellos, bajo la rúbrica de "Derecho procesal criminal internacional" y dedicando a ella todo el tomo II de su renombrado Tratado. A este contenido une "como es natural, las materias propias de la instrucción y la ejecución combinadas internacionalmente, esto es, las de ayuda judicial (y policial), las contrarias de obstáculos a la misma, como es el asilo, y, a modo de colofón, la estructura orgánica, constituyendo lo que puede llamarse Derecho procesal internacional u orgánico"⁸⁵.

Debe, no obstante, matizarse la inclusión de SAENZ DE PIPAON Y MENGES en este grupo ya que si bien considera las normas a las que se hace referencia como "normas penales adjetivas" descartando que sean "en modo alguno Derecho penal substantivo", no se decide a calificarlas o adjetivarlas⁸⁶. Reserva la denominación

85 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit. Tomo I, pág. 20. Vid. También ANGULO, M. Lecciones de Derecho procesal internacional. cit. -- págs. 119 y ss.

86 ¿Hasta qué punto -se pregunta- las mencionadas disposiciones competenciales tienen el carácter de normas internacionales? Su respuesta es que "ante esta problemática estaríamos tentados de hablar de un Derecho criminal intersistemático sino fuera porque -no encontramos ninguna razón lo suficientemente fuerte como para separar este conjunto de normas de su tronco común procesal atribuyéndoles una denominación específica, como tampoco registramos dicha exigencia en lo que se refiere a la llamada ayuda judicial internacional en materia penal que tampoco debe quedar fuera de una unitaria consideración adjetiva". SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J. cit. pág. 47.

comentada JESCHECK para un contenido más delimitadamente procesal, cual es "la temática de la jurisdicción penal nacional frente a determinadas categorías de extranjeros o determinados delitos que muestran aspectos internacionales"⁸⁷.

e) Denominaciones genéricas o inespecíficas.

Recurrimos a esta expresión para mostrar cómo un nutrido número de autores que tratan la materia en cuestión, no utilizan en sus obras ninguna de las denominaciones hasta ahora citadas, limitándose a emplear títulos genéricos o inespecíficos para agrupar la trilogía de ámbitos de validez: temporal, espacial y personal, de la ley penal.

Expresiones al uso como "la ley penal en el espacio"⁸⁸

87 JESCHECK, H.H. Tratado, cit, pág. 222.

88 Es el caso, v.g. de PUIG PEÑA, F. Derecho penal, 6ª ed. Tomo I. - Madrid, 1969, págs. 139 y ss. SAINZ CANTERO, J.A. Lecciones de Derecho penal II. Ley penal. El delito. Editorial Bosch. Barcelona 1985, págs. 169 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E. Introducción a la Parte gral. del Derecho penal español. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1979, págs. 26 y ss.; MIR PUIG, S., Derecho penal, parte gral. Promoción Publicaciones Universitarias. -- Barcelona, 1984, pág. 14 y ss.; RODRIGUEZ RAMOS, L., Compendio de Derecho penal. Parte gral. 1ª ed. Ed. Trivium. Madrid, 1984, págs. 52 y ss., en nuestro país. Vid. en Italia, RANIERI, S. Manuale di Diritto penale. 1 parte generale. 4ª ed. Sivedutta e aggiornata. - Cedam. Pádova, 1968, pág. 71; NUVOLONE, P. Il sistema del diritto penale. 2ª ed. Cedam. Pádova, 1982, pág. 56; MAGGIORE, G. Derecho penal. Prefacio S. Soler. Editorial Jemis. Bogotá, 1971-72, págs. 207 y ss.; DE MARSICO, A. Diritto penale. Parte generale. Puesto al día por M. MAZZUTI. Nápoli, 1969, pág. 45; BOScareLLI, M. Compendio di diritto penale. Parte generale. 4ª ed. Giuffré Editore. Milano, 1982, pág. 27.

"ámbito de validez"⁸⁹, "ámbito de eficacia"⁹⁰, "ámbito de aplicación o aplicabilidad"⁹¹, "ámbito de vigencia" de la ley penal en el espacio⁹², son, algunos de los muchos nombres de un variado catálogo que sirven para al mismo fin.

III. ENCUADRE DISCIPLINAR DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

Como observábamos al inicio de este capítulo, ni siquiera son pacíficos los posicionamientos acerca del lugar o encuadre disciplinar en el que debe ser ubicada para su estudio, el llamado Derecho penal internacional en su sentido más extendido. La pugna o discu-

89 Vid. entre otros, PAGLIARO, A. Principi di diritto penale. Parte generale. 2ª ed. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1980, pág. 139; NOVOA MONREAL, E. Curso, cit, págs. 253 y ss.; SOLER, S. Derecho penal argentino, 4ª ed. Ed. Tea. Buenos Aires, 1978, págs. 148 y ss.

90 Vid. ANIOLISEI, F., Manuale, cit, págs. 93 y ss.; GRISPIGNI, E. Diritto penale, cit, págs 373 y ss.; PESSINA, E. Enciclopedia, -cit, págs. 40 y ss.; PISAPIA, G.D. Istituzioni di diritto penale. Parte generale e parte speciale. 3ª ed. Cedam. Padova, 1975, pág. 17.

91 Vid. POLAINO NAVARRETE, M. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho penal. Ed. Bosch. Barcelona, 1984, págs. 443 y ss.; y PANNAIN, R., Manuale di diritto penale, parte generale. 4ª ed. Torino, 1967, págs. 167 y ss.

92 Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, G. Derecho penal. Parte general. I. Editorial Civitas. 1ª reimpresión. Madrid, 1979, págs. 143 y ss.

sión parte, sin duda, del carácter o consideración de las reglas o normas que lo constituyen.

Es posible señalar, al respecto, las tres tesis básicas, que aparecen enfrentadas, suscitadas y defendidas con distinto resultado. Una primera, minoritaria, postula la adscripción de la materia al Derecho procesal, dada la relevancia procedimental o adjetiva de la mayor parte de sus normas. Una segunda, que cada día alcanza mayor proyección, la sitúa en el campo del Derecho internacional, y más concretamente, del Derecho internacional privado. Por último, una tercera tesis, mayoritaria aún, sigue reteniendo su pertenencia al Derecho penal, exclusivamente⁹³.

93 No encuadra, sin embargo, en ninguna, la posición de GOLDSCHMIDT, el cual, tras negar "el carácter unitario de la disciplina" distribuye su contenido habitual de esta manera: "El estudio del ámbito espacial de la ley penal pertenece al Derecho penal; y, en efecto, los penalistas se ocupan de su análisis. El asilo y el refugio político son capítulos del Derecho internacional público. Y la extradición y el reconocimiento y la ejecución de sentencias penales extranjeras constituyen temas de Derecho procesal de extranjería, los cuales, a diferencia de los indagados en el capítulos XV, no forman parte del Derecho procesal civil, sino del Derecho procesal de extranjería". De todas formas, concluye en que "no hay inconveniente alguno (aunque, en realidad, tampoco una razón de peso de conveniencia) en formar con los ingredientes mencionados una unidad pragmática". GOLDSCHMIDT, W. Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. 4ª ed. Depalma. Buenos Aires, 1982, pág. 530. — RODRIGUEZ DEVESA también considera la multidisciplinariedad de la materia y afirma que "están legitimadas" las siguientes: "El Derecho político porque se precisa acudir a los conceptos de territorio y soberanía. El Derecho procesal porque afecta a la competencia de los Tribunales. El Derecho internacional porque da lugar a conflictos de leyes. Pero fundamentalmente interesa al Derecho penal, porque sin conocer el ámbito espacial en que se aplican las leyes penales, nos formaríamos una falsa idea de su posible eficacia y de sus limitaciones". RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Derecho penal, cit, págs. 219-220.

Exponemos a continuación, de acuerdo con esta triple perspectiva, los argumentos de que se valen quienes sostienen una u otra postura.

A. DERECHO PROCESAL.

Podemos advertir, entre los defensores de la adscripción del Derecho penal internacional a la disciplina procesal, dos tendencias. Por un lado, la de aquellos que consideran que todas las cuestiones ubicadas en aquél son estrictamente adjetivas y deben pasar, -- por tanto, sin reparos, a formar parte del Derecho procesal. Por otro, la de aquellos que sólo parcialmente integran en el Derecho procesal aspectos actualmente tratados en el seno del Derecho penal internacional y, muy especialmente, el instituto de la extradición.

Característicos representantes del primer planteamiento son, --por citar únicamente los más relevantes--, QUINTANO RIPOLLES, SAENZ DE PIPAON Y MENGES, ANGULO y FAIREN GUILLEN. Hemos de citar en el segundo, a LEVI, CATELANI y STRIANI y TRAVERS.

El criterio de QUINTANO RIPOLLES parte de constatar la deficiente sistemática adoptada pues "es norma tradicional aunque confusa y abocada a errores --dice--, la de incluir en el término Derecho penal interna

cional, la temática puramente adjetiva o procesal, muy especialmente en lo que toca a los conflictos jurisdiccionales y al ámbito de acción de la ley penal en el "espacio". Precisamente para evitar esa confusión y esos errores, en una sistemática "más depurada" propone que "junto al Derecho penal internacional o internacional penal, de estructura sustantiva o material, conviene presentar, separadamente, la problemática propia de lo procesal y aún de lo orgánico totalmente diversas"⁹⁴. Este pensamiento le conduce a situar "en la parte dedicada a lo procesal internacional todo lo que toca a la validez de las leyes penales en el espacio", por cuanto "si la jurisdicción es el alma de lo procesal y, en consecuencia, su medida y atribución concreta, que es la competencia, su determinación y resolución de los conflictos, no puede ser sino materia inexcusable y primordial de dicha disciplina, como lo es asimismo todo lo que afecta a la dinámica de aplicación de las normas materiales, pues a ello y no a las normas mismas afecta su vida en el espacio"⁹⁵.

94 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit. Tomo I, págs. 21-22.

95 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit. Tomo II, pág. 12. Vid. Posición de SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J. en nota anterior donde exponía su concepto, así como la de ANGULO, M. en Lecciones, cit, págs. 119 y ss.

El mismo encuadre afectúa FAÏREN GUILLEN al comentar "que nos encontramos, mejor que ante un problema de límites territoriales de aplicación de la ley penal -que es un enfoque dirigido desde lo inferior a lo superior- con un problema de límites territoriales de la Jurisdicción que, evidentemente, en cada orden procesal podrán ser diferentes (y lo son, en efecto). Esto es, estimamos que el punto de encuadramiento sistemático de las normas sobre los límites espaciales de las leyes, debe hallarse en una Ley de Jurisdicción ..., o sea, en una Ley orgánica del Poder Judicial -- (sistema actual) o bien, si esa futura ley fuese solamente orgánica como hemos pretendido y pretendemos, de ferir el tratamiento normativo correspondiente a una ley procesal general"⁹⁶.

Menos polémica se presenta la segunda posición citada, en la que LEVI declara no pertenecer a nuestro tema "la *messa in opera* del Derecho penal internacional"; y por tanto, correlativamente "no pertenece a éste la extradición sino por sus aspectos de Derecho sustantivo"⁹⁷. En la misma línea se expresan CATE

96 FAÏREN GUILLEN, V. Meditaciones sobre una exposición y estudio para un Anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal. Valencia, 1973, págs. 18-19.

97 LEVI, N. Diritto penale, cit, pág. 12.

LANI y STRIANI tras observar como la doctrina ha individualizado también, cerca de aquella disciplina jurídica "otra rama del Derecho que atiende, por el contrario a la modalidad de actuación de la pretensión punitiva; cuando sea indispensable para la correcta aplicación de tal pretensión evaluar un elemento de extranjería respecto del ordenamiento jurídico italiano, se hace necesario recurrir a normas procesales internacionales. El instituto de la extradición no debería ser en realidad colocado actualmente en tal rama del Derecho"⁹⁸.

B. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Aunque resulte sorprendente - por la calificación de "privado" de su denominación- la adscripción a esta disciplina jurídica de materias de Derecho público como las que tratamos aquí, es lo cierto que existe una amplia corriente de opinión -procedente esencialmente de especialistas en esta rama del Derecho inter

98 CATELANI, G./STRIANI, D., cit, págs. 20-21.

nacional, pero no exclusivamente⁹⁹ -, que desde hace tiempo propugnan asignar como objeto específico del Derecho internacional privado el conjunto de normas comprendidas en el Derecho penal internacional. Ciertamente es, también, que es en la actualidad cuando esa corriente aparece más generalizada y asumida por la doctrina privatista, muy concretamente en nuestro país, como consecuencia del significado lato que se concede al término "privado" en dicho contexto.

Sin pretender, por nuestra parte, entrar a reflejar cuáles son los rasgos o caracteres distintivos -- que separan las dos ramas de ese tronco común que es el Derecho internacional, --el asunto excede, obviamente, las pretensiones de este trabajo y, por otro la

99 Pueden citarse entre los penalistas a LEVI, N. diritto penale, cit, págs. 5 y ss., MIR PUIG, S. Derecho penal, cit, pág. 14, Vid. las interesantes reflexiones del primero de estos autores acerca de las pretendidas diferencias entre Derecho internacional privado y Derecho penal por lo que respecta a este campo, que rechaza con idénticas razones a las que se exponen hoy día por los privatistas, así como su idea de que la expresión "internacional" sirve para calificar "la naturaleza de las relaciones reguladas y no la especie de las normas reguladoras". -- Pág. 5, nota 16. El segundo, aceptando la tesis de MIAJA DE LA MUELA señala que "la materia pertenece al Derecho internacional privado en la medida en que supone la delimitación espacial de las legislaciones penales de diferentes Estados". MIR PUIG, S. Derecho penal, cit, pág. 15.

do, no es necesario a su fin¹⁰⁰-, nos aprestamos a exponer las razones que impelen a conceptualizar como ius internacional privatista este grupo de normas. No sin antes señalar, para ofrecer una visión aún más completa, que, asimismo ha habido opiniones aisladas considerando al Derecho penal internacional como Derecho internacional sin más¹⁰¹, e incluso como Derecho internacional público¹⁰².

Junto a la doctrina más clásica representada por los LAINE, WETLAKE, KHOLER, SANCHEZ DE BUSTAMANTE o

100 Vid. además de los manuales y tratados de Derecho internacional, los comentarios sobre el tema de LEVI, Diritto penale, - cit, págs. 53 y ss., CATELANI, G./STRIANI, D., cit, pág. 9 y MUSSOTTO, G., cit, pág. 465. Particularmente rotunda es la opinión de AGUILAR NAVARRO con estos dos argumentos "la distinción entre Derecho público y derecho privado resulta hoy insostenible tal como se entendía clásicamente, y es inviable en los sistemas socialistas, difícil de entender en los anglosajones, y rechazable en todos como consecuencia del momento social e intervencionista en que vivimos. El otro argumento nos lleva al terreno de la cooperación internacional para mostrar nos como ésta supone no sólo el reconocimiento del Derecho público extranjero, sino igualmente un régimen de comunicación y de recíproco apoyo". AGUILAR NAVARRO, M. Derecho Internacional privado. Vol. I, Tomo II. Parte primera, 3ª reimpresión a la 3ª edición. Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1982, pág. 185.

101 Es el caso de MARTENS o DIENA. Vid. Notas 14y21 de este trabajo y cita allí anotada. También PESSINA. Vid. Enciclopedia, - cit, pág. 41.

102 Así opinaban entre otros VON BAR y DESPAGNET DE BOECK. Hoy parece mantener esta idea TEZCAN al mostrar que el Derecho penal internacional se halla estrechamente ligado tanto con el Derecho penal desde el prisma "de la buena administración de justicia" cuanto con el Derecho internacional público desde el prisma del marco "de su aplicación y de sus modos de elaboración". Vid. TEZCAN, D., cit, pág. 6.

CIBICHOWSKI, paladines todos en incluir el Derecho penal internacional como una parte más del Derecho internacional privado, una fuerte tendencia doctrinal, especialmente amplia y significativa en España, apoya esta reivindicación¹⁰³.

Como es evidente, la reserva hacia esta reivindicación surge de la discrepancia acerca de la determinación del objeto de la disciplina misma¹⁰⁴, tema directamente relacionado con el carácter de las normas penales que se pretenden incluir entre sus materias de estudio. Y ello por cuánto lo controvertido de esta inclusión halla su razón fundamental de ser, según advierte PECOURT (y más tarde ampliaremos), en la problemática suscitada "por aquel sector de la doctrina que ha tratado de reducir el Derecho internacional -- privado a un mero derecho conflictual" siendo así que en "el llamado Derecho penal internacional la eventualidad de aplicar normas extranjeras queda, en principio, descartada"¹⁰⁵.

103 AGUILAR NAVARRO en la obra citada menciona como defensores de esta concepción en España a CARRILLO SALCEDO, GONZALEZ CAMPOS, PEREZ VERA y ANGULO, Vid. pág. 78 a los que deben añadirse, al menos, MIAJA DE LA MUELA, PECOURT GARCIA e IGLESIAS BÚHIGUES, como veremos inmediatamente. GOLDSCHMIDT, por contrario, considera que el Derecho penal internacional "puede estimarse, científicamente, materia independiente; pero nunca ofrece parentesco con el Derecho internacional privado tradicional". Vid. GOLDSCHMIDT, W., cit, pág. 530.

104 Vid. en AGUILAR NAVARRO, M. ob. cit, págs. 181 y 182 un repaso de los distintos avatares históricos de la cuestión planteada.

105 PECOURT GARCIA, E. La ley penal extranjera ante el juez del foro. REDI.1970, pág. 9

Un giro importante¹⁰⁶ proyecta esta nueva tendencia, manteniendo que el objeto de la disciplina -como resume AGUILAR NAVARRO- no es otro "que el conjunto de relaciones jurídicas especializadas por la presencia de un elemento o factor extranjero"¹⁰⁷, entendido, como propone CARRILLO SALCEDO, "en función de la realidad sobre la que opera, el tráfico jurídico externo, y en este orden de cosas podría decirse que

106 AGUILAR NAVARRO constata "la evidente revisión introducida en la concepción antigua de acuerdo a la cual con carácter dogmático se rechazaba del Derecho internacional privado el problema enunciado (esto es, la presencia del derecho público), basándose en la absoluta territorialidad de las normas de Derecho público, en la imposibilidad de unos eventuales conflictos de leyes de carácter público y en la exclusión de plano de la aplicación del Derecho público extranjero". Su formulación es -dice- "conscientemente minimalista: lo único que de momento señalo es la indudable presencia, de forma muy variada, que el Derecho público tiene en la reglamentación de la vida privada internacional". AGUILAR NAVARRO, M., cit, pág. 181.

107 AGUILAR NAVARRO, M., cit, pág. 78. Vid. en la misma obra el comentario que efectúa analizando y rechazando las razones esgrimidas para excluir del Derecho internacional privado "el amplio campo del Derecho público", págs. 183 y ss. BATTIFOL y LAGARDE excluyen precisamente estas normas del Derecho internacional privado por ser las leyes penales de Derecho público. Vid. BATTIFOL, H./LAGARDE, P. Droit International Privé. Tome I. 7ª ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence. París, 1981, págs. 291 y ss. Recientemente BALLARINO ha puesto de manifiesto las profundas diferencias existentes entre el citado derecho y ciertas disciplinas como "el Derecho penal internacional, el Derecho administrativo internacional, el Derecho procesal civil internacional", que se colocan a su lado. Vid. BALLARINO, T. Diritto Internazionali Privato. Manuali - de Scienze Giurisdiche. Cedam. Pádova, 1982, págs. 46 y ss.

nuestra disciplina se configura como búsqueda de la reglamentación jurídica de aquellas relaciones y situaciones humanas cuyos elementos no se realizan en un único ordenamiento jurídico, en una sola esfera jurídica, sino que por el contrario están conectadas a dos o más ordenamientos"¹⁰⁸. Más aún, si el Derecho internacional privado está constituido -son palabras de IGLESIAS BUHIGUES- "por las reglas que delimitan la esfera de aplicación de los ordenamientos jurídicos, distribuyen, entre estos mismos, las relaciones y situaciones de la vida susceptibles de regulación jurídica, por lo que -dicho de otro modo- señalan el derecho que debe aportar la solución material del caso planteado", éste se configura "como un auténtico Derecho del Derecho, esto es, como el sistema de reglas jurídicas que encuadra en la órbita de uno u otro ordenamiento las relaciones y situaciones que se anudan entre particulares, tanto desde el punto de vista procesal... como desde el de la competencia legislativa..."¹⁰⁹.

108 CARRILLO SALCEDO, J.A. Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales. 2- ed. Editorial Tecnos. Madrid, 1976, págs. 40-41.

109 IGLESIAS BUHIGUES, J.L. Reflexiones en torno al objeto y función del Derecho internacional privado. REDI, 1983, págs. -- 39-40.

De este modo, el contenido del Derecho internacional privado lo componen, según describe DE ANGULO "los supuestos de tráfico externo, las relaciones y situaciones jurídicas del particular en las que media la presencia de, al menos, un elemento extranjero. -- Más concretamente, esta rama del Derecho tiene por objeto la regulación de las relaciones y situaciones individuales afectadas por la diversidad de los ordenamientos jurídicos internos"¹¹⁰. Esto sentado, aparece superada la doctrina tradicional que mantenía "la imposibilidad de adscribir al derecho internacional privado materias de Derecho público, toda vez que se consideraba que, siendo consustancial a la naturaleza de este último la idea de territorialidad, no cabría pensar en su aplicación más allá de las fronteras del territorio para el que fue dictado"; por cuanto, señala ANGULO "además de lo arbitrario de la distinción entre lo público y lo privado, tales tesis se muestran incorrectas, ya que, lógicamente, el establecimiento directo, sustantivista, de un régimen específico para supuestos de Derecho público con elementos extranjeros, fácilmente constatable en los textos positivos,

110 DE ANGULO RODRIGUEZ, M. Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado. REDI, 1970, pág. 747.

sería ya indicativo de un tratamiento desde la óptica del Derecho internacional privado. Pero es que, de otra parte, existe en cada sistema positivo la posibilidad de tomar en consideración disposiciones extranjeras de Derecho público, esto es, la posibilidad de que en tales materias se opere por vía conflictiva"¹¹¹.

Las consecuencias que este enfoque comporta, podrían extractarse con MIAJA DE LA MUELA diciendo que al Derecho internacional privado le interesa "la delimitación espacial de las legislaciones penales de diferentes Estados, ni más ni menos que ocurre con la de las normas civiles, mercantiles, procesales o fiscales"¹¹². Eso sí, quedando vigente siempre el problema "de interpretación y localización de la ley realmente aplicable, lo que supone -indica IGLESIAS BUHIGUES- la previa interpretación y exacta localización de la regla de delimitación -regla de Derecho internacional privado-, que incluye la relación o situación considerada. Y como tales reglas no pueden ser más -- que unilaterales o multilaterales, obviamente habrá,

111 Vid. DE ANGULO RODRIGUEZ, M. Objeto, cit, págs. 747 y ss. don de además analiza el tema del reconocimiento y/o toma en consideración del Derecho extranjero.

112 MIAJA DE LA MUELA, A. Derecho internacional privado. II. Par te especial. 9ª ed. Revisada por J. JUSTE RUIZ. Ed. Atlas. - Madrid, 1982, pág. 513.

en el primer caso, una aplicación de la *lex fori*, ya sea directamente de la propia regla unilateral, si es de las autolimitadas o de las disposiciones materiales cuyo ámbito aquella delimita (por ejemplo, las leyes de policía y seguridad y las penales), y, en el segundo, del derecho del foro o extranjero, de acuerdo con los elementos personales, reales o formales de la relación o situación considerada a los que el punto de conexión de la regla se refiera"¹¹³.

C. DERECHO PENAL.

La mayoría de los penalistas, puesto que en sus Tratados y Manuales de Derecho penal tratan el tema, dentro del ámbito de validez de la ley penal, junto a la ley penal en el tiempo y en relación a las personas-, guardando silencio sobre la posible controversia acerca del encuadre disciplinar, creemos que dan por supuesto, al no plantearse la problemática, que esta materia está adscrita al campo del Derecho penal.

Algunos, sin embargo, sí han llegado a definirse sobre la cuestión, reteniendo su innegable pertenencia a esta rama jurídica. Tiempo atrás, JIMENEZ DE

¹¹³ IGLESIAS BUHIGUES, J.L., cit, págs. 40-41.

ASUA se ocupaba de afirmar -manifestándose partidario de la tesis de DONNEDIEU DE VABRES-, que al Derecho penal internacional "no se le debe aislar ni del Derecho internacional privado, ni del Derecho internacional público; pero no se le debe confundir con ninguna de esas disciplinas. Presenta -transcribimos su larga cita-, con el Derecho internacional privado, una cierta comunidad de origen, una semejanza de método... Pero el Derecho internacional privado supone, en presencia, intereses particulares, y en cambio, el Derecho penal internacional pone en relación directa a los individuos y al Estado. El primero pertenece al Derecho privado; el segundo es una rama del Derecho público. Sin duda, también el Derecho penal internacional está, con el Derecho internacional público, en una comunicación constante. Pero el Derecho internacional público es un Derecho internacional y en la medida en que posee un valor positivo, lo toma de acuerdos establecidos entre los Estados. En tanto que en el estado actual de las relaciones internacionales, el Derecho penal internacional positivo es el fruto de una elaboración unilateral. Existen tantas jurisdicciones como Estados interesados en regular sus relaciones de Derecho criminal con el extranjero. Hoy el Derecho penal

internacional es un derecho interno. Sin duda llegará un día en que, hecho el acuerdo universal sobre la repartición de competencias penales, se le deberá reconocer una naturaleza diferente. Pero en el punto actual de su desenvolvimiento, es imposible ver en él más que un capítulo del Derecho criminal"¹¹⁴.

Muy diferente a ésta era la opinión de GRISPIGNI, discrepando de su potencial adscripción al Derecho internacional privado e incluso rechazando que en las normas sobre límites de aplicación del Derecho penal en el espacio, exista un reglamento especial para ciertas relaciones que presenten caracteres de extranjería¹¹⁵.

Recientemente, en la doctrina española, COBO y VIVES han "preferido respetar la tradición que incluye el estudio de las materias enumeradas en el seno del Derecho penal sustantivo", no sin antes referirse a aquella corriente doctrinal que sostiene la pertenencia de estas normas al derecho adjetivo o procesal

114 JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, págs. 723-724. Otro tanto hacía FLORIAN para quien el "Derecho penal internacional pertenece al Derecho penal y no al internacional". Citado por JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 724. PISANI al ser parte "del ordenamiento penal interno". Vid. PISANI, M. La penetrazione del Diritto internazionale penale nel diritto penale italiano, en InP, 1979, pág. 7 y, como ya vimos, MAURACH, R. Vid su opinión expuesta en nota 77 de este trabajo.

115 GRISPIGNI, F., cit, págs. 373-374, nota 47.

y exponer que "esta opinión, básicamente certera en lo que a la extradición se refiere, es discutible en cuanto se extiende a la aplicación ultraterritorial de la ley, que puede ser contemplada como determinación de la competencia de la jurisdicción española -- (tal y como efectúa la legislación vigente) o como de terminación del ámbito espacial de validez de la ley penal (tal y como bajo la influencia de la doctrina penal mayoritaria y de la legislación alemana se lleva a cabo en el P.L.O.C.P. de 1980 y en la P.A.N.C.P. de 1983). Y aunque parezca paradójico, también lo es, en cuanto respecta a la eficacia de los juicios celebrados antes Tribunales extranjeros, que, como veremos, tiene lugar a través de principios o instituciones de Derecho penal material..."¹¹⁶. Pero, sin duda, es POLAINO quien más decididamente se expresa sobre la actualidad de este tema. Tras exponer y criticar sucintamente las tesis procesalistas e iusinternacionalistas, afirma que "pese a las lógicas razones que asisten a los aludidos criterios posibles de la interpretación técnica de la índole jurídica de las normas reguladoras de la vigencia de los preceptos penales sustantivos, posiblemente con mayor exactitud se centra el examen de la cuestión cuando básicamente se --

116 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S., Derecho penal, cit, págs. 197-198.

considera que este conjunto de disposiciones no constituye, en esencia, normas de Derecho procesal, ni de Derecho internacional, ni de Derecho constitucional, sino normas penales"¹¹⁷.

IV. ANÁLISIS Y COMENTARIO CRÍTICO. CRITERIO QUE SE SIGUE.

A. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Antes de iniciar el análisis y comentario de las distintas posiciones y tesis que hemos venido exponiendo, parece de todo punto necesario efectuar algunas precisiones, al objeto de que se entiendan mejor nuestros planteamientos. Comenzando, en primer término, por recordar (pues ya lo reflejábamos en la Presentación) qué materia abarcamos en este estudio y por qué; reflexionando, en segundo lugar, sobre la procedencia, esto es, la fuente u origen de las normas que tratamos; para, en último término, mostrar qué pretenden regular o cuál es el objeto al que se destinan.

a) La materia a estudio.

Como puede deducirse tanto del título como

¹¹⁷ POLAINO NAVARRETE, M. Manual, cit, pág. 446.

del sumario del trabajo, éste queda limitado a las -- normas que determinan el ámbito de validez, aplicación, o eficacia de las leyes penales en el espacio, con especial referencia a las leyes penales españolas. En este estudio, pues, no tienen cabida, ni las normas -- que regulan la extradición o el asilo, ni aquellas o--tras que pudieran hacer referencia a las decisiones judiciales emanadas de Tribunales extranjeros, ni -- cuantas otras disposiciones, nacionales o internacio--nales, se incluyen en el contenido, más o menos amplio, que se asigna por la doctrina, al Derecho penal internacional.

La razón de que esto sea así, obedece, por una parte a razones estrictamente pragmáticas, cuales son la convicción personal de la evidente amplitud que comportaría un estudio serio y riguroso de todas las instituciones que pueden encuadrarse en la mencionada disciplina. Por otra parte --y este argumento a nuestro entender es decisivo y así lo expondremos más tarde-- debido a la discutida naturaleza de algunas de esas -- instituciones, ya que en distinta medida es posible -- caracterizarlas como de Derecho penal sustantivo o material. En ningún caso debe, por tanto, interpretarse esta exclusión como menosprecio o infravaloración de la importancia y significado de las mismas.

b) Fuentes de la materia.

Hemos tenido ocasión de constatar, a través de la amplia relación de citas de distintos autores, que la única y exclusiva fuente de producción de normas para determinar esta materia y, por consiguiente, para regular el alcance de las leyes penales en el espacio (llámese e inclúyase o no este tema en el Derecho penal internacional o en cualesquiera otras denominaciones de las expuestas) reside en la ley nacional o estatal, esto es, en el Derecho interno propio de cada Estado. Sobre esto no existe discusión. Otra cosa distinta es si esta ley, si este Derecho estatal, es Derecho penal, Derecho procesal, Derecho constitucional o todos al tiempo. Preferimos realizar ahora -- la argumentación correspondiente al primer aspecto -- que se atiene al título de este epígrafe, y dejar para un momento posterior, la manifestación de nuestra razonada y razonable preferencia, respecto al segundo aspecto.

En efecto, lo que merece la pena e interesa aquí y ahora exponer, es la ausencia en esta materia de normas de Derecho internacional que obliguen a los Estados, que tengan naturaleza imperativa, de tal manera que puedan delimitar o, si mejor se prefiere, -- condicionar la regulación de la ley penal en el espa-

cio. Realmente no existen normas de Derecho internacional que regulen o condicionen a los Estados sobre el cómo, qué y de qué manera han de legislar el ámbito de eficacia de su propio poder punitivo o de atribución de su propia competencia judicial¹¹⁸. Por el contrario, cada Estado, con base y razón en su propia soberanía y para todas aquellas situaciones que estima sometidas a ella, regula de una u otra manera -hay -- que indicar que existe una relativa uniformidad entre las legislaciones sobre el particular consultadas- la esfera de su propio poder punitivo y de su propia competencia judicial. Por eso, sostenemos con JESCHECK - la no obligatoriedad de un tal Derecho internacional penal que prevea infracciones de determinadas normas centrales del Derecho internacional contempladas como delitos internacionales, ya que siguen siendo aplicables los principios generales sobre la relación entre Derecho internacional y Derecho estatal "en Alemania,

118 Por ejemplo para QUINTANO RIPOLLES, las normas del por él llamado Derecho procesal internacional "emanan unas veces de la voluntad unilateral de un Estado (por ejemplo, la determinación de la propia competencia), otras de una convención bilateral o plurilateral (como suele suceder en materia pactada de extradición) y otras, en fin, las menos ciertamente, de la voluntad comunitaria expresada en resoluciones de carácter imperativo sobre el querer de otros Estados singulares (cual la de entrega y no concesión de asilo a los criminales de guerra). Vid. - QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 13.

art. 25 de su Ley Fundamental" por lo que "sólo las reglas generales del Derecho internacional forman parte del Derecho federal con rango superior incluso al de las leyes y con obligatoriedad inmediata, pero los Tratados internacionales, únicamente pueden convertirse en Derecho estatal con actos de transformación especial"¹¹⁹.

Se podría objetar a estas afirmaciones que algunas limitaciones sí que existen, como por ejemplo la del llamado "abuso jurídico" o "abuso de Derecho", y que éstas hallan su origen o derivan de reglas de Derecho internacional; y que también existen una serie de delitos, acogidos en mayor o menor número por las legislaciones penales internas, que reciben la enfática denominación de "delitos internacionales" porque traen su origen de Convenios o Tratados internacionales (Genocidio, piratería, etc.). Es cierto que estas objeciones podrían efectuarse¹²⁰. Sin embargo, tal y

119 JESCHECK, H.H. Tratado, cit, págs. 161-162.

120 Conforme idénica LUZZATO el Derecho internacional, lejos de proteger de manera general a los Estados para extender sus leyes y su jurisdicción a las personas, los bienes y los actos fuera de su territorio, deja a este respecto, libertad a los Estados, una libertad que sólo se limita "en algunos casos por reglas prohibitivas; para los restantes casos, cada Estado es libre de adoptar los principios que juzgue mejores y más convenientes". - Vid. LUZZATO, L. Stati stranieri e giurisdizione nazionale. Università di Milano. Milano. dott. a. Giuffrè Editore, 1972, págs. 36 y ss.

como tendremos oportunidad de comentar en su momento -el primer asunto al tratar de los límites del poder punitivo de cada Estado, y el segundo al estudiar el llamado principio de "justicia universal o cosmopolita"-, las limitaciones, por su propia esencia, son -- abstractas, difusas y genéricas y, sobre todo, se refieren más al plano fáctico, esto es, a la realización de actos o hechos de ingerencia en el ámbito de la soberanía de otro Estado, que al plano competencial y a la regulación concreta de la esfera de aplicación de la ley penal en el espacio. O si se prefiere, pueden afectar más bien al deber de que cada Estado, en este punto, disponga de una conexión adecuada y relevante que le permita extender su ámbito de eficacia respetando el ámbito de los demás Estados. Así, determina JESCHECK "los Estados no pueden arbitrariamente someter a su poder punitivo supuestos de hecho que tienen un aspecto internacional por haberse cometido en el extranjero o por la nacionalidad extranjera del delincuente o de la víctima. Siempre debe darse un punto de conexión lógico que una el supuesto de hecho con la misión ordenadora del propio poder punitivo"¹²¹.

Mas en todo caso, puede decirse que aunque el Estado -respetese la contradicción- no delimitara

121 JESCHECK, H.H. Tratado, cit, pág. 225.

su esfera de aplicación penal con los criterios tradicionales u otros posibles, sino que manifestara en sus disposiciones hasta el absurdo, la atribución a su poder punitivo de todos los delitos o infracciones que se cometan sobre la faz de la tierra, no sólo sería - válido al haber emanado de la soberanía correspondiente sino que, además, sólo podría quedar limitada por la vía de los hechos, fácticamente, cuando para proceder a dar cumplida aplicación de ello, hubieran de ejecutarse actos en un territorio en el que se ejerce la soberanía de otro Estado. Esa exasperación expuesta tendría lugar cuando la norma careciera de determinación alguna de ámbito espacial. Y es que "el ámbito de validez -exponía Kelsen- puede ser limitado, pero también ilimitado. Puede que la norma solo valga para un espacio determinado por ella o por otra normas, esto es, que solo regule sucesos dentro de determinado espacio... Pero también puede valer -de acuerdo con - su sentido- por doquiera y para siempre, es decir, referirse a sucesos que pueden acaecer dondequiera y -- cuando quiera. Tal es su sentido cuando no contiene - determinación particular de espacio o de tiempo. No - es que entonces valga acaso sin espacio y sin tiempo, sino que no vale para un espacio determinado ni para un tiempo determinado; su ámbito espacial y temporal -

de validez es ilimitado"¹²². De ahí que la limitación fáctica comentada, derivada de normas de Derecho internacional, únicamente tendría sentido, cuando, de acuerdo con el filósofo vienés, "se promulga una norma que prescribe un acto coactivo que debe ejecutarse en el territorio de otro Estado, o cuando un acto coactivo y otro preparatorio del mismo, es efectivamente realizado en el territorio de otro Estado"¹²³.

Con independencia de esto, la llamada "prohibición de realizar actos de soberanía en territorio de otro Estado a no ser que esté excepcionalmente legitimado para ello", no debe ser obstáculo, por el contrario, para que los efectos del uso del poder punitivo legítimo nacional sobre extranjeros y sobre delitos cometidos en el extranjero, sean, conforme expresa JESCHECK, "aceptados por todo Estado, ya que en este caso no entra en juego la prohibición de realizar actos de soberanía en territorio perteneciente a otro Estado"¹²⁴.

En cuanto a la segunda posible objeción, baste decir por ahora y refiriéndonos en concreto al Derecho positivo español, que ningún Tratado o Convenio

122 KELSEN, H. Teoría pura del Derecho Introducción a la problemática científica del Derecho. 2ª ed. Editora Nacional. México, 1981, págs. 33-34.

123 KELSEN, H. Teoría general del Derecho y del Estado. Traducción de Eduardo García Maynez. 2ª ed, 2ª reimp. Textos universitarios. Universidad Nacional autónoma de México, 1979, pág. 249.

124 JESCHECK, H.H. Tratado, cit, pág. 223.

internacional obliga por sí solo. De acuerdo con el artículo 1º apartado 5º del Código Civil "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado". Otro tanto señala el art. 96.1º de la Constitución "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno". Es más, de acuerdo con nuestra Constitución, -artículos 94 y siguientes-, se requiere previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado, máxime tratándose de "Tratados o Convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derecho y deberes fundamentales establecidos en el título I" (artículo 94.1º,C). Pero sentado ese principio, debe tenerse en cuenta, además, que por la índole o carácter de la materia habrá de poseer rango de ley Orgánica la disposición que autorice la introducción de una norma internacional en el ordenamiento jurídico español, conforme a la exégesis de los artículos 81.1 y 2 y 82.1 de la ley fundamental, que establecen una reserva de ley sustancial y absoluta en De-

recho penal¹²⁵. También por este motivo, estimamos -- que este segundo reproche no modifica aquellas afirma-- ciones iniciales en el sentido de que esta materia -- tiene un único origen, unilateral, el Derecho interno, ya que si bien el Tratado o Convenio es fuente de De-- recho penal, no lo es sino se introduce en el ordena-- miento jurídico interno mediante disposiciones -del - rango advertido- de Derecho nacional. De lo contrario, el Tratado o Convenio será letra muerta, careciendo - de vigencia y eficacia en territorio español, por --- cuanto no habrá entrado a formar parte de su ordena-- miento jurídico.

c) Finalidad de la materia.

Aparece claro, tras lo señalado, que la ma-- teria a la que se dedica este estudio tiene como úni-- ca finalidad determinar qué supuestos delictivos caen en la esfera de aplicación del Derecho penal nacional, bien sea porque se hayan cometido -sea cual sea su au

125 Vid., por todos, sobre este tema, las interesantes argumentacio-- nes de COBO DEL ROSAL y BOIX REIG en su trabajo "Garantías cons-- titucionales del Derecho sancionador", en comentarios a la Le-- gislación penal, Tomo I, Derecho penal y Constitución. Edersa. Madrid, 1982, págs. 191 y ss. También, sentencias del Tribunal -- Constitucional nº 140/1986 de 11 de noviembre; 160/1986 de 31 de diciembre y 17/1987 de 13 de febrero.

tor- en el territorio al cual extiende su soberanía - un Estado; bien sea por la nacionalidad del sujeto autor o la nacionalidad de la víctima -sea cual fuere - el territorio en el que los hechos se realizaron-; -- bien sea por la índole de los delitos, esto es, porque perjudiquen determinados intereses nacionales especialmente dignos de protección, o porque perjudiquen intereses considerados de "valor universal", -sea cual -- fuere el lugar de su realización; bien sea por ejercer un Derecho supletorio o subsidiario en defecto o ausencia de ejercicio del poder punitivo propio de -- otro Estado.

Esta y no otra es la materia y por lo tanto el objeto delimitado de estudio, que se corresponde fielmente con los denominados límites de la extensión del ejercicio del poder punitivo estatal, tanto a hechos cometidos dentro como fuera del territorio nacional. También aquí, algunos podrán objetar, por una -- presunta mixtificación de materias, refutando que ubi quemos en la esfera de eficacia de la ley penal estatal, temas o aspectos que más bien se refieren a la -- competencia jurisdiccional o judicial. Sin embargo, -- es preciso rechazar esa imputación, porque una no pre juzga la otra y aunque en todo caso los Jueces o Tribunales nacionales tienen atribuida y limitada su com petencia por los límites del poder punitivo estatal,

es perfectamente posible -y deseable- diferenciar ambas competencias. Más aún, al estar tan unidas y ligadas en lo penal. Pero son, ciertamente, susceptibles de distinción conceptual (como veremos) y esa distinción ha de contribuir a eliminar cierto confusionismo existente, generado por no arrancar de las adecuadas premisas conceptuales delimitadoras de sus correspondientes significados.

B. DE LA DENOMINACION DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

La denominación de una disciplina -como la rotulación o título de una obra de arte-, debe corresponderse con su contenido, con su objeto, con la materia que trata. Ello es exactamente lo que sucede comúnmente -tanto en las obras de arte como en las disciplinas jurídicas y no jurídicas- y ello es lo que debe ocurrir si deseamos saber con el título de que estamos hablando. Acontece, sin embargo, que es harto difícil reunir en un grupo de dos o tres palabras ---tan sintéticamente- toda una materia, y de ahí que, a veces, el título no dé o no pueda dar una idea exacta y completa de la totalidad de materias que en él se incluyen.

Resulta curioso comprobar, sin ir más lejos,

como dos ramas jurídicas tan dispares como el Derecho penal y el Derecho internacional privado (ambas, hemos visto, tienen que ver con el Derecho penal internacional), no nos dan con su nombre, idea cabal de su contenido y son, precisamente, autores de estas disciplinas los que cuestionan y objetan la denominación en cuestión. Hagamos alguna consideración al respecto, que ilustre cuanto decimos. No hay duda -y así lo han advertido algunos penalistas- que la denominación de Derecho penal hace referencia o señala un conjunto de materias relacionadas con las penas, con las sanciones, y tal vez con su cumplimiento o ejecución¹²⁶, pero no parece, desde fuera, que sólo con el título queden incluidos en él, los presupuestos de la pena, o sea, los delitos, mejor aún los presupuestos de las infracciones. Ello haría preciso que tal denominación se modificara o sustituyera por otra como "Derecho criminal o Ciencia de los delitos", y tampoco con ella haríamos referencia, entonces, a las penas. Nadie, sin embargo, hace hoy cuestión de esta denominación, acuñada siglos atrás, y la discrepancia no deja de ser un ejercicio artístico o de estilo, poco fructífero dada

126 Vid. RODRIGUEZ RAMOS, L. Compendio, cit, pág. 4. Coincidimos con LANDROVE DIAZ en la conveniencia de "mantener la denominación tradicional pero reformar su contenido" de forma que contemple "el sector del ordenamiento jurídico que, en garantía de la pacífica convivencia entre los hombres, atribuye efectos jurídicos propios y exclusivos -penas y medidas de seguridad- a determinadas conductas humanas socialmente intolerables". En, Sobre la denominación y naturaleza del Derecho penal, en Estudios penales. I, Santiago de Compostela, 1977, pág. 262. Vid. en el mismo referencia a otras denominaciones argüidas, págs. 251 y ss.

la raíz que la misma tiene¹²⁷.

Otro tanto podría decirse del denominado Derecho internacional privado, que invoca dos conceptos unidos; por un lado, su carácter de Derecho internacional -esto es, emanado de la Comunidad Internacional o de un hipotético órgano supranacional-, y de otro, que sus normas, por aquella dicotomía entre lo público y lo privado, harían referencia, no a relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y sí a normas que regulen las relaciones entre los particulares en presencia de elementos extranjeros, o lo que es igual, cuando en esas relaciones los individuos o las situaciones jurídicas reguladas pertenecen a distintas comunidades estatales o poseen características internacionales. Bien cierto es, sin embargo, que la fuente esencial del Derecho internacional privado es el Derecho interno, estatal o nacional, y bien cierto es, que el término "privado" no se corresponde exactamente, según cualificados representantes, con la materia tratada, por cuanto dentro de él, al margen del Derecho Civil, Comercial o Mercantil, caen todas las reglas integradas en el Derecho interno de cada país provis-

127 Vid. por todos, RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Derecho penal, cit, págs. 12 y 13 donde se dan suficientes razones partiendo de los argumentos de PETROCELLI.

tas de elementos extranjeros. Y también parece en ---
trance de superación la polémica acerca de la congruenu
cia de su denominación y, no existe empeño especial -
entre los privatistas en buscar un nuevo título más -
acorde con el objeto de estudio a fin de reemplazar -
al actual.

Hace al caso traer las reflexiones expuestas -
para comentar el título dado a esta rama jurídica. --
Porque el Derecho penal internacional, para hacer ho-
nor al sustantivo y al adjetivo de su intitulación, -
debe estar constituido por normas de Derecho penal y
más propiamente de Derecho penal con connotaciones in-
ternacionales. En efecto, dos premisas básicas han de
ser -a nuestro juicio-, una la de considerar que el -
Derecho penal internacional es Derecho penal y otra -
que es Derecho internacional.

Es Derecho penal porque haciendo justicia al -
término y siendo consecuentes con la rotulación, las
materias a incluir dentro de él han de ser derecho sus-
tantivo o material. Y esa es la naturaleza como vere-
mos -de algunas que no todas- las materias que se com-
prenden en esta disciplina.

También es Derecho internacional porque, aun--
que sea discutido este carácter calificador de las --
normas del Derecho penal internacional ello se debe -

a la errónea pretensión de reservarlo para las normas de fuente internacional que establezcan infracciones o sanciones penales, o para cuando exista un órgano supranacional del que emane una legislación penal común para los Estados. Sin embargo, no debe resultar discutible si se adopta con la más modesta aspiración de reflejar únicamente ciertas características particulares de la legislación punitiva propia. - Esto es, si se considera que dichas normas poseen elementos internacionales y que éstos son, precisamente, los que adjetivan o califican esta materia diferenciándola de otras normas del Derecho penal interno¹²⁸.

Podemos resumir las múltiples críticas y objeciones que la Ciencia jurídica depara al empleo del término Derecho penal internacional, manifestando que existe una incongruencia entre el título y la fuente u origen de sus normas y, en consecuencia, entre el título y el contenido asignado. Comentamos en este epígrafe el primer aspecto, conectado con la pretendida naturaleza internacional, dejando la segunda incoherencia esbozada para el siguiente.

En este punto, dos son las objeciones sustanciales que se hacen: a) las normas constitutivas del De-

128 Vid. opinión de LEVI, N. Diritto penale, cit, Transcrita en páginas anteriores de este estudio.

recho penal internacional son de Derecho interno, y -
b) carece de verdadera naturaleza internacional tanto
en su fuente u origen de producción de normas, como -
en su aplicación.

Se rechaza, en efecto, la denominación, para -
hacer referencia a las normas que regulan el ámbito -
de aplicación de la ley penal o la competencia judi--
cial y otras materias como la extradición, por cuanto
con independencia de otras razones, el poder legisla-
tivo y judicial queda totalmente en manos de la sobe-
ranía de cada Estado, el cual en su ejercicio, estable-
ce la aplicación de sus normas y la jurisdicción de -
sus Tribunales, como estima más oportuno¹²⁹.

Se reniega también del término, porque de un -
tal Derecho penal internacional así concebido, está -
ausente prácticamente todo carácter internacional: no
existen disposiciones penales dictada para una Comuni-
dad de Estados¹³⁰, ni un práctica internacional ni un
sistema de convenios que pretenda tener la jerarquía
de norma interestatal¹³¹, no existen delitos y penas

129 Esta tesis crítica se halla en BINDING, MAURACH, ANTOLISEI, --
PELLA, GLASER, LOMBOIS, QUINTANO RIPOLLES, JIMENEZ DE ASUA o -
ANTON ONECA, entre otros. Vid. notas transcritas en páginas an-
teriores.

130 Vid. VON LISZT, F. Tratado, cit, pág. 112.

131 Vid. MAURACH, R. Tratado, cit, pág. 122.

internacionales o de Derecho internacional¹³²; no es posible encontrar verdaderos órganos legislativos supranacionales que dicten disposiciones penales y, mucho menos, existe un verdadero Código internacional penal¹³³, como tampoco una justicia penal o Tribunales penales internacionales o universales¹³⁴.

¿Son estas razones suficientes para descartar esta titulación y proponer en su sustitución otras -- nuevas que no caigan en el error de emplear adjetivos o calificativos sin correspondencia con su verdadero origen?.

Es preciso recordar, antes de responder a esta pregunta, los antecedentes históricos de este título, así como realizar algunas observaciones sobre los mismos. Es preciso recordar que en el momento histórico en que la denominación fué formulada (según ciertos -- autores en 1820 cuando BENTHAM publica sus Principios, -- tesis de JIMENEZ DE ASUA (apoyándose en KONING y VON LISZT), o QUINTANO RIPOLLES ya citadas -- o bien, según otros autores años antes, sea en 1802 según FONTAN -- BALESTRA o en 1789 como piensa PODESTA COSTA), era -- inconcebible la existencia de un Derecho internacional, al menos tal y como es entendido en la actualidad

132 Vid. por ejemplo. MANZINI, V. Tratado, cit, pág. 164.

133 Vid. por ejemplo, PELLA, DEL ROSAL, QUINTANO RIPOLLES y CEREZO en notas transcritas en páginas anteriores.

134 Vid. al respecto, opiniones citadas en páginas anteriores.

que pudiera servir de límite o control al poder punitivo propio de cada Estado, en sus relaciones con los demás. Y ello porque estamos en las postrimerías del siglo XVIII o en los inicios del XIX -épocas ambas de Monarquías absolutas en muchos Estados aunque en sus últimos años de "esplendor"- en los cuales las relaciones estatales se regían, básicamente, por la ley del más fuerte, careciéndose por tanto, de referencia acerca de un Derecho internacional en materia penal. BENTHAM -fiel a su época- no utiliza el término Derecho penal internacional para hacer referencia a un Derecho internacional impuesto o dictado por un organismo internacional, ni para referirse a un conjunto de reglas de Derecho internacional propiamente dichas, ni siquiera para aludir al conjunto de normas de un Estado poderoso que pretenda ejercer poder e influjo más allá de sus fronteras¹³⁵.

Descartamos que fuera o pudiera ser esa la idea del filósofo inglés. ¿Por qué? Por la definición que de aquella disciplina nos dá o mejor por el contenido

135 El propio BENTHAM utiliza el término "Derecho de gentes" para señalar que es aquel "que arregla las transacciones mutuas entre los soberanos y las naciones y podría llamarse exclusivamente Derecho internacional". Vid. BENTHAM, J. Idea general de un cuerpo completo de legislación, en Tratados de legislación civil y penal. Edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil. Editora Nacional. Madrid, 1981, pág. 425.

que a la misma asigna. En efecto, se trata de designar con aquel nombre única y exclusivamente un conjunto de normas emanadas del poder punitivo propio de cada Estado (no hay, pues, ninguna organización supraestatal, ningún organismo internacional hipotético legislador de tales normas) que establecen los límites de su aplicación en el espacio (no hay, pues, delitos ni penas que tengan carácter internacional). El Derecho penal internacional se reduce para BENTHAM a fijar los límites a la aplicación de las normas penales estatales.

¿Por qué entonces el adjetivo internacional? Podría decirse que la explicación es posiblemente sencilla y que este término "distorsionador" trae su origen del hecho de que al aplicar la legislación punitiva estatal en el espacio se advierte la presencia de elementos "ajenos" a la propia realidad estatal. Nos referimos, obviamente, a aquellos elementos extraños que aportan la nacionalidad del autor o de la víctima, el territorio extranjero donde se cometen las infracciones, la índole de los delitos... etc. Estos elementos presentan carácter internacional, por cuanto se conectan con otros Estados. De ahí que, a nuestro juicio, BENTHAM no tenga reparos por eso en adjetivar como internacional al Derecho penal que se ocupa de ellos.

En base a esta perspectiva histórica y tomando en consideración los datos que se extraen del contenido originario asignado por aquél, estimamos que es -- perfectamente respetable y asumible la denominación, pudiendo servir --como de hecho sirve-- para designar -- con propiedad y exactitud el conjunto de normas penales que regulan su ámbito espacial por la presencia -- de elementos extranjeros o supranacionales.

C. DEL CONTENIDO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

Además de la incongruencia comentada, por el -- hecho de que las normas no presentan caracteres de -- Derecho internacional, al tener su fuente u origen en el Derecho interno, se repara u objeta al Derecho penal internacional por la heterogeneidad de instituciones abarcadas y sobre todo por la heterogénea naturaleza o carácter de las normas que regulan esos institutos. Así, se censura la agrupación de institutos -- tan diversos como las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio, las reglas de determinación de -- la competencia judicial o jurisdiccional, la extradición, el reconocimiento o autoridad de las sentencias penales extranjeras, las formas de entreatyuda o auxilio jurídico internacional, el asilo, etc., y se pro-

pone reservar la intitulación para un contenido u objeto más acorde con él¹³⁶.

Sin embargo, las mayoritarias censuras formuladas en este sentido se reconducen a un denominador común, cual es el de su verdadera naturaleza o carácter, procesal o penal, adjetivo o sustantivo, de forma o de fondo, de sus normas. De ahí que se hable de Derecho procesal internacional por oposición a Derecho penal internacional¹³⁷. Examinemos estos temas.

Aún cuando sigue siendo numeroso el cuerpo de doctrina que mantiene la denominación con el contenido originario atribuido por BENTHAM, está, sin embargo, generalizada la tesis defendida por otros autores, partidarios de atribuir a la denominación de Derecho penal internacional un contenido más amplio que el abarcado por la definición primitiva. Hasta el punto de que estimamos preeminente, hoy, aquella corriente doctrinal que ya por simple convencionalismo, tradición o conveniencia, ya por a-

136 Es el caso, V.G. DE VONBAR Y FRANK que reservan el nombre para la competencia judicial como hemos visto. Vid. notas transcritas, o de GRISPIGNI para el que debe limitarse a las normas de auxilio internacional a la justicia represiva. Vid. nota transcrita en págs. anteriores de este trabajo.

137 Como vimos por QUINTANO, ANGULO o SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J. para los cuales el objeto actualmente ubicado en el Derecho penal internacional es, por su naturaleza, Derecho procesal.

ceptar el término como correcto y adecuado para designar el objeto al que se destina, adiciona a él un conjunto de normas de variada índole que posibilita un cuadro amplio y complejo por su mixtificación, que analizamos y comentamos por separado.

a) Las normas de aplicación de la ley penal en el espacio.

Son éstas, las reglas que delimitan la aplicación del poder punitivo estatal en base a los principios informantes de territorialidad, nacionalidad, real o de protección, de intereses nacionales, comunidad de intereses mundiales o cósmopolita, y de justicia supletoria.

Dichas normas, al referirse exclusivamente a la competencia legislativa en el campo del Derecho penal, sin duda, deben tratarse en esta disciplina, por cuanto no cabe discrepar de su carácter penal, según expusimos en páginas precedentes. Discrepamos por eso de las tesis que niegan a estas normas naturaleza penal¹³⁸, y rechazamos igualmente su carácter procesal, ya que parten de la idea fundamental apuntada por POLAINO de que "prevalece el carácter

138 Vid. posición de los autores citados en nota anterior.

procedimental de indicación de la vigencia de las normas penales, sobre el de determinación del contenido sustancial de las mismas"¹³⁹. Es decir, porque definen de Derecho procesal esta materia al considerar que básicamente trata de los límites de la competencia de los Tribunales nacionales, resolviendo los posibles conflictos de jurisdicción que puedan presentarse entre los órganos judiciales de los Estados en materia penal, con elementos de extranjería, y niegan su sustantividad penal propia al no regular o establecer delitos ni imponer penas.

En efecto, sostener como sostiene QUINTANO RIPOLLES que las normas que regulan el ámbito de aplicación de la ley penal en el espacio son "cien por cien procesal, y a lo más un tema de cooperación judicial"¹⁴⁰, obviamente resulta insostenible.

Es cierto, eso sí, que esas normas indirectamente determinan la competencia de los Tribunales nacionales e indirectamente resuelven los conflictos jurisdiccionales. Pero hacen y son eso y -- más que eso. Porque como fácilmente puede deducirse, están determinando el ámbito espacial de aplicación

139 Vid. POLAINO NAVARRETE, M. Manual, cit, pág, 445.

140 Vid. QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, I, pág. 22.

de la ley penal, de la eficacia o no del Derecho pu-
nitivo sobre determinados hechos delictivos, cometi-
dos en el propio territorio o en territorio distin-
to al de la propia soberanía.

Obviamente, si la competencia judicial y
la competencia legislativa van generalmente unidas,
allá donde se extienda el ámbito de eficacia de la
ley penal serán competentes los Tribunales naciona-
les para juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Pero el
tema de fondo va más lejos. Porque las normas indi-
cadas están fijando los límites de la soberanía na-
cional en la esfera penal, dónde empieza y hasta --
dónde se extiende la ley penal de un Estado, o lo -
que es igual, qué infracciones caen dentro de la --
ley penal de un determinado Estado y cuales serán -
objeto de otro ordenamiento jurídico. Y ello no es
un tema procesal ni procedimental o de cooperación
judicial internacional, a pesar de que en materia -
penal exista una profunda simbiosis entre ambas com-
petencias, ya que lo sustancial y lo formal se ha--
llan íntimamente conectados. Es como no podría ser
otra cosa, Derecho sustantivo o material, de la mis-
ma naturaleza que otros como el de la vigencia tem-
poral por ejemplo, porque se halla destinado a de--
terminar cuándo es aplicable y cuándo no un determi-

nado Derecho penal en detrimento de otro. Y es que interesa al Derecho penal material como dice FIERRO "la fijación de cual sea el ámbito en que él va a valer y, consecuentemente, qué norma penal será aplicable en determinado caso"¹⁴¹.

Análoga conclusión suscita la acusación -- formulada por el mismo autor¹⁴², de que la metodología usual que incluye el estudio de estas normas en el Derecho penal sustantivo "obedece seguramente, a parte del factor de mimetismo, a una exigencia de armonía en la tectónica de las normas, puesto que ocupándose obligadamente el derecho sustantivo de los efectos de la ley en el tiempo, la simetría literaria les impele a completar su estudio con la paralela proyección de lo espacial". Su argumento menosprecia el verdadero carácter de estas reglas, sin que sea posible aceptar la mera simetría como un capricho de una parte de la ciencia, ya que tanto en el tiempo como en el espacio no se están logrando figuras geométricas, sino antes bien "ocupándose obligadamente" de determinar cuándo son aplicables las normas temporalmente (siendo preciso concretar su entrada en vigor, su derogación, el carácter retroactivo e irre--

¹⁴¹FIERRO, G. cit, págs. 42-43.

¹⁴²QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 12.

troactivo de las mismas, etc.) y cuándo en su dimensión espacial (según donde se hayan cometido los delitos, quien los haya cometido, la clase de delitos, etc.).

Es cierto, sin embargo, que estas normas no tipifican expresamente delitos ni penas, y que tan sólo señalan qué infracciones quedan sometidas al poder punitivo estatal. Pero tampoco por ello es posible sostener que sólo son normas penales aquellas que contienen una regulación expresa de delitos y sanciones. Obligado es señalar como el Código penal destina una parte importante de su contenido a "disposiciones generales sobre delitos y faltas, las personas responsables y las penas" (concretamente por lo que se refiere a nuestro Derecho positivo todo el Libro I, en el que no se contiene configuraciones delictivas ni por tanto sanción específica alguna a imponer, remitiéndose a los Libros II y III en el que se contienen las infracciones y sus penas respectivas). Nadie, sin embargo, mantiene que las disposiciones del libro I del Código penal español son de Derecho procesal y que carecen de naturaleza penal. Al contrario, convenimos con POLAINO en que "precisamente en este mismo contexto encuentran adecuada acogida sistemática las disposiciones penales que aún -

sin describir comportamientos como delictivos ni conminarlos con sanciones penales, se limitan a establecer los criterios regulativos, conforme a los cuales procede la determinación de aplicabilidad de las normas penales en cada contexto genérico concerniente - al espacio, al tiempo y a las personas sobre que incide la vigencia positiva del ordenamiento punitivo"¹⁴³.

b) Las reglas que determinan la competencia judicial espacial.

Son las normas que regulan o determinan la competencia de los Jueces y Tribunales estatales para someter a su jurisdicción hechos delictivos cometidos en el territorio propio y/o en territorio extranjero.

Aunque la íntima ligazón ya apuntada en materia penal entre la competencia judicial y la legislativa sea, sin duda, razón poderosa para atraer junto a la primera la segunda, y estudiarlas juntas en el seno de la misma rama jurídica, consideramos impropia e inadecuada la inclusión de estas reglas como objeto del Derecho penal internacional¹⁴⁴. Porque és

¹⁴³ POLAINO NAVARRETE, M. Manual, cit, pág. 447.

¹⁴⁴ Esta misma exclusión esbozan otros autores. Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, J.S. Derechopenal, cit, pág. 197.

ta sí que es una materia "cien por cien procesal" y no tiene, necesariamente, que formar parte de una disciplina que sea sustantiva o material. Decimos que no, necesariamente, debe formar parte del Derecho penal internacional, sin que prejuzguemos la conveniencia de su inclusión. En todo caso, convenimos que, en principio, aparece evidente que la materia pertenece al campo del Derecho procesal -y de aceptar una dicotomía como la propuesta por QUINTANO RIPOLLES- más concretamente al Derecho procesal internacional, por su simetría con la penal tratada precedentemente. No obstante, bien podría decirse que es correcto encuadrar en una misma disciplina las dos vertientes, material y procedimental del Derecho penal y que por ello -al ser ambas Derecho penal-, siguiendo el modelo legislativo francés, formarían parte de la misma disciplina. En nuestra opinión cualquiera de estas opciones posee razones válidas. De todas formas, dada la extendida realidad de esa drástica separación que se opera, no sólo a nivel legislativo sino también a nivel de determinación del objeto de estudio entre las disciplinas penal y procesal -como es, entre otros muchos casos de nuestra área cultural, el modelo español- nos inclinamos a mantener la exclusión advertida por no ser estricta-

mente penal y deferir en consecuencia su contenido -
al Derecho procesal internacional.

c) La extradición.

Tampoco esta institución es pacíficamente incluida como parte del Derecho penal internacional merced a su específica naturaleza. Conocidas son las posiciones de DONNEDIEU DE VABRES el cual, en un principio excluía la extradición del cuadro de materias de éste (postura adoptada en su Introducción y en su Tratado) para posteriormente adoptarla como un objeto de estudio más (en su obra "Precisiones de Derecho criminal"). Y conocido es el reproche que por este motivo le hace QUINTANO RIPOLLES dada la distinción que el jurista francés hace en su tratado entre lo adjetivo y lo sustantivo en orden al contenido del Derecho penal internacional, ya que no solamente queda "fuera de su marco" - indica el tratadista español - todo lo sustantivo, sino también las materias de extradición y cumplimiento de sentencias extranjeras, estimadas por el Profesor de París como propias del Derecho procesal como si no lo fueran con igual o mayor motivo las de conflicto de competencia sobre que versa casi íntegramente su libro¹⁴⁵.

145 Vid. QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 12.

Aparece discutida la naturaleza de la extradición por cuanto en ella confluyen el Derecho procesal, el Derecho penal -diríamos que por este orden- y el Derecho internacional. El primero, dado que en la extradición, privan fundamentalmente razones de procedimiento en el sentido más propio del término, por cuanto las leyes nacionales o los Tratados o Convenios bi o multilaterales, cuidan o dan primacía en sus disposiciones a las normas reguladores del mismo, o sea, a la forma de llevar a cabo según determinados rituales la petición, entrega, aceptación, traslado, etc. de un delincuente¹⁴⁶. Pero ciertamente, la extradición, y los Tratados y leyes que la regulan, han de disponer asimismo de un apartado material o penal, por cuanto se han de determinar los delitos, las clases de delitos, las penas, etc, e incluso una serie de principios como el de legalidad, non bis in idem, etc., que son penales y que condicionan la totalidad del procedimiento. También empero tiene connotaciones con el Derecho internacional, -- tal vez más que ninguna otra institución de las que

146 Vid. BUENO ARUS, F. Nociones básicas sobre la extradición, en Convenios de Extradición. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1980, pág. 19, manteniendo esta posición. En general, vid. PASTOR BORGÓN, J. Aspectos procesales de la extradición en Derecho español. Edit. Técno. Madrid, 1984. Opinión casi unánime en la doctrina española es, según señala CEREZO MIR conceptualizar la extradición como "una forma de cooperación o entreatyuda judicial internacional y no una manifestación del ejercicio del ius puniendi del Estado que la concede". - Vid. Curso, cit, pág. 210, y bibliografía citada. En el auxilio judicial "propriadamente dicho" lo encuadra MANZANERES SANTIAGO, J.L. Vid. El Convenio Europeo de Extradición. Editorial Bosch. Barcelona, 1986, pág. 41.

se incluyen en el Derecho penal internacional. Por un lado, en la medida en que intervienen elementos supranacionales tales como un territorio extranjero, - Jueces y Tribunales extranjeros, sentencias, penas - dictadas y cumplidas o no en el extranjero, autoridades de otro Estado, etc... Por otro, en el hecho de que su regulación se efectúa primordialmente a base de normas pactadas o acordadas internacionalmente entre los Estados, lo que por su propia esencia responde mejor a la idea de relaciones u obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Este último dato influye decisivamente en la ubicación de la extradición en el Derecho penal internacional, justamente por esas características singulares de internacionalidad que presenta.

No obstante, en contra de la tendencia tradicional y mayoritaria que sostiene, aunque sea convencionalmente, que la extradición es una parte propia del Derecho penal internacional, expresamos nuestra opinión. Partiendo de reconocer la primacía procesal de la institución¹⁴⁷, así como su componente internacional, señalamos que la misma sólo debe que-

147 De acuerdo pues, con COBO y VIVES que convienen en considerar "básicamente certera" la opinión de quienes otorgan naturaleza procesal a la extradición. Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S. Derecho penal, cit, págs. 197-198.

dar incluida en esta disciplina si se acepta desgajar la parte penal de la procesal en las normas que la regulan, pudiendo así afirmar con LEVI "la pertenencia al Derecho penal internacional de la extradición en sus aspectos sustantivos"¹⁴⁸. No es relevante su componente de internacionalidad porque si nos atenemos a esta particularidad, todas las normas que estamos tratando son, -en alguna medida-, internacionales sin ser necesariamente penales. Al contrario, esta peculiaridad junto a su primacía procesal, dan derecho a la extradición para pasar a formar parte también del Derecho procesal internacional al modo como lo concibe QUINTANO RIPOLLES, aunque donde mejor encuadraría -por su doble contenido- sería, sin duda, en el Derecho procesal penal internacional al que aluden CATELANI e STRIANI¹⁴⁹.

d) El reconocimiento o autoridad de las sentencias penales extranjeras.

La autoridad sobre el territorio nacional de las sentencias penales extranjeras, o lo que es igual, los efectos jurídicos de los juicios celebra-

148 LEVI, N. Diritto penale, cit, pág. 12.

149 Vid. CATELANI, G./STRIANI, D., cit, pág. 21.

dos ante Tribunales extranjeros, presentan similares caracteres a los reflejados a propósito de la extradición, esto es, carácter penal, procesal e internacional, por semejantes razones a las entonces apuntadas¹⁵⁰.

En efecto, respecto de su naturaleza, también tiene que hacerse referencia aquí al Derecho procesal porque se trata, precisamente, de una decisión emanada de un órgano judicial extranjero, con las formas y procedimientos que vengán fijadas en el

150 Vid sobre el tema, entre las abundantes monografías de los últimos años: *Obra colectiva: Aspects de la valeur internationale des jugements répressifs*. Strasbourg. Conseil de l'Europe, 1968. ALLEGRA, G. Gli effetti extra territoriali dei giudizi repressivi. *Archivio penale*. Vol. X. Parte I, 1954; REINMAN, R. L'application par el juge national d'une loi pénale étrangère. *RINDP*, 1962; - BOUZAT, P. L'application de la loi pénale étrangère par le juge national. Université de Paris. Institut des Hautes Etudes Internationales. 1965-1967; BOUZAT, P. Les effets internationaux des jugements répressifs. Université de Paris. Institut des Hautes - Etudes Internationales, 1968-1969; DAVID, F. De la reconnaissance des sentences pénales étrangères en France. *RINDP*. Paris, 1938; GRAVEN, PH. Les effets des jugements répressifs étrangers. *RINDP*, 1963; HERZOG, J.R. Les efets extraterritoriaux des jugements répressifs. *RScCrim*, 1961; JESCHECK, Les effets des jugements répressifs étrangères. *RINDP*, 1963; KUNTER, N. La valeur européenne des jugements répressifs au point de vue des conséquences occasionnelles. *RINDP*, Paris, 1967; SAPATINI, G. Sentenza penale straniera (Riconoscimento della). *Novissimo Digesto italiano*. Torino, - 1973; SCHULEZ, H. Effets des jugements répressifs étrangers. *RINDP*, 1963; SPANJAARD, L. Effets des jugements répressifs étrangers. *RINDP*, 1962; NOUYOUCAS, C. L'application de la loi pénale étrangère par le juge national. *RINDP*, 1962; así como bibliografía citada en nuestro trabajo. Vid. DIEZ SANCHEZ, J.J. La reincidencia internacional (Especial referencia al Código penal español), en *C.P.C.*, nº 2º. Edersa, Madrid, 1986, págs. 291 a 322.

ordenamiento extranjero; existiendo, por otra parte, todo un procedimiento de petición y envío de un Estado a otro, etc.; y al Derecho penal por la aplicación de principios penales materiales, tales como el non bis in idem, y al Derecho internacional, por la presencia de elementos extranjeros y por su regulación en vía internacional.

Todo ello, nos lleva a considerar que esta -- institución debe recibir el mismo tratamiento y ubicación que la extradición, separando los aspectos penales a estudiar en el Derecho penal internacional, de los adjetivos a estudiar en el Derecho procesal -- internacional¹⁵¹.

e) Otras formas de entreayuda o auxilio jurídico internacional.

Siendo aquellas cuatro primeras instituciones las fundamentales materias asignadas como objeto del Derecho penal internacional, se propugna también, incluir junto a ellas, otras formas o sistemas de ayu-

151 No entramos a distinguir entre "la eficacia directa de las leyes penales extranjeras" y el simple reconocimiento o toma en consideración de las mismas. De cualquier modo, no debe ocultarse que por el simple hecho de que la ley penal extranjera pueda ser tomada en consideración, su estudio presenta los -- mismos elementos del epígrafe tratado.

da o de auxilio jurídico internacional, o más correcto sería decir, sistemas de ayuda o de auxilio jurídico entre Estados. Siempre entendidos como instrumentos o medio adecuados para combatir la delincuencia internacionalizada^{152, 153}.

Así, se citan entre otros, la comunicación internacional entre las autoridades judiciales, la entrea yuda judicial, materializada en lo penal, a través de comisiones rogatorias o exhortos con el fin de -- dar cumplimiento a ciertas actividades de Derecho -- procesal criminal en el extranjero o, de otro lado, el auxilio policial internacional dentro de la entrea yuda administrativa.

152 Vid. MERLE, R./VITU, A. *Traité*, cit, págs. 412 y ss.

153 Vid. entre la abundante bibliografía sobre el tema, entre otras las monografías de: AUBERT, M. *Une plus grand coopération internationale en matière penale offerte par la suisse*. *RInCrimPtch* Vol. XXXVI, nº 2, 1983; GAUTHIER, J. *La nouvelle législation -- suisse sur l'entraide internationale en matière pénale*. *RPSV*. - nº 1. Berne, 1984; GOLDSONG, H. *Moyens et perspectives pour une justice penale europeenne*. *RINDP*, 1971; JESCHECK, H.H. *Etat actuel et perspectives d'avenir des projets dans le domaine du -- droit international pénal*. *RINDP*, 1964; LASZLOCZKY, P. *La coopération internationale negli atti d'istruzione penale*. Cedam Pádova, 1980; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *La ley alemana de auxilio jurídico internacional en materia penal (de 23 de diciembre de 1982)* en *Bolint. M. Justicia*, 1984; SVERI, K. *La collaboration en matière criminelle dans le cadre du conseil de -- l'Europe*. *RINDP*, 1971; VAN DEN WIJNGAERT, C. *Structures et méthodes de la coopération internationale et régionale en matière penale (1ª partie: droit des competences)*. *RDPCrim*, 1984, nº 6; THOMAS, F. *Structures et méthodes de la cooperation... (2ª partie: droit des infractions internationales et entraide repressi ve)*, *RDPCrim*, 1984, nº 6.

Estas materias, que presentan, como vemos, -- esencialmente carácter procesal e internacional, por no poseer ninguna connotación sustantiva o penal, deben excluirse del Derecho penal internacional. Puesto que responden a prácticas y procedimientos de Jueces y Tribunales, deberían pasar a formar parte del Derecho procesal internacional¹⁵⁴.

f) El asilo.

Es corriente incluir junto a la extradición -- al menos en la tradición jurídico-penal española y latinoamericana¹⁵⁵ -- el estudio del asilo diplomático y territorial, institución justamente denominada por QUINTANO RIPOLLES "obstáculo jurídico a la entreaayuda internacional"¹⁵⁶. Sin embargo, ha de coincidirse con este mismo autor en que en el asilo "hay una especie

154 Esta disciplina citada, tal vez habría de depurarse aún más, eliminando de ella los aspectos administrativos o gubernativos y policiales.

155 Así, v.g. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S. Derecho penal, - cit, pág. 197 y BUSTOS RAMIREZ, J., cit, pág. 110. Este último incluso, considera que la extradición y el asilo son el único - objeto del Derecho penal internacional, como vimos.

156 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 293.

de concurrencia o conflicto de competencias, que no merece sin embargo tal nombre, por carecer de contenido estrictamente jurisdiccional, ya que el Estado o autoridad que presta el asilo no pretende en realidad el ejercicio de una jurisdicción sino más bien el no ejercicio de la ajena, la propia del sujeto", limitándose su función, por su naturaleza negativa y pasiva, "a la no entrega del presunto culpable, aunque a veces el ejercicio asilar lleve inherentes actividades más positivas, sobre todo el evento de la evacuación y liberación de la persona asilada"¹⁵⁷.

En nuestra opinión, dada la relevancia en este instituto de los elementos procesales y administrativos o gubernativos, aunque sea indudable sus elementos penales, sobre todo en la consideración del tipo o índole delictiva de que se acuse al refugiado o asilado, y teniendo en cuenta su naturaleza internacional por hallarse regulado en gran medida por normas de Derecho internacional¹⁵⁸, su lugar apropiado co---

157 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 293.

158 Vid, en cuanto al asilo territorial el Estatuto de los Refugiados hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951 así como su protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, a los que España se adhirió mediante instrumento de 22 de julio de 1978 (B.O.E. 21 de octubre), y en cuanto al asilo diplomático, Vid. QUINTANO, A. - Tratado, cit, II, págs. 51 y ss.

responde al Derecho procesal internacional, o, a lo sumo, manteniendo idéntica tesis a la extradición, -- desgajando sus aspectos incluir los penales, exclusivamente, en el Derecho penal internacional.

g) Otras materias.

Las posturas o actitudes de la doctrina no culminan con la atribución al Derecho penal internacional de las materias comentadas, sino que bien consideran que debe ampliarse su campo de estudio para abarcar nuevos contenidos, o bien que debe excluirse alguno de los citados y comprender otros más propios de su nombre y rango. Tratamos en este apartado todas esas posiciones. Por una parte, se hallan aquellas que afirman que el Derecho penal internacional ha de contener la tutela penal que de los intereses extranjeros e internacionales efectúe el Derecho penal interno¹⁵⁹, -- así como las infracciones que pueden comprometer las buenas relaciones con otros Estados (delitos contra Estados extranjeros, contra sus Jefes o representantes, etc.)¹⁶⁰. No se advierte obstáculo alguno para que estas figuras delictivas sean acogidas en esta --

159 Vid. opinión QUADRI, transcrita en VASALLI, G., cit, pág. 258.

160 Vid. CUELLO CALON, E. Derecho penal, cit, Tomo I, Vol. I pág. 248.

disciplina y de hecho, algunas de ellas aparecen comprendidas en el catálogo de infracciones a perseguir en base al principio de justicia universal o cosmopolita, pudiendo ampliarse su contenido para abarcar -- las que se deriven de estos postulados. De hecho, no hay dificultad tampoco en que en dicho criterio puedan ubicarse las infracciones previstas y penadas en los ordenamientos estatales internos cuyo bien jurídico -- lesionado por el delito es el interés protegido por -- la Comunidad internacional¹⁶¹.

No ocurre lo mismo con las pretensiones de aquellos que le asignan más elevadas tareas, como la -- codificación de reglas represivas internacionales, o contenidos más ambiciosos como la institución de una justicia penal universal¹⁶², porque lo primero es -- propio de un Derecho internacional penal y lo segundo de un Derecho internacional procesal. Ambos, especie de "desideratum" de lo que algún día puede ser el Derecho penal y el Derecho procesal concebidos exclusi-

161 Vid. QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, I, pág. 19

162 Vid. MERLE, R./VITU, A. Traité, cit, pág. 344.

vamente sobre fuentes de Derecho internacional¹⁶³.

Tampoco nos parece conveniente una concepción como la de BASSIOUNI que ubica en el Derecho penal internacional, además de las normas internas con proyección internacional aquellas otras normas que emanen de la comunidad internacional. Prescindiendo de la objeción que se le puede hacer, de agrupar institucio--

- 163 Vid. entre la última bibliografía al respecto: BASSIOUNI, M. Ch., cit.,; CASTEJON, F. Proyecto de Código penal internacional. ADPCP, 1953, del mismo, Proyectos de Tribunal penal internacional. -- ADPCP, 1959; DONNEDIEU DE VABRES, H. La création d'une juridiction pénale internationale et le problème de sa compétence, en Studi in memoria di Arturo Rocco. Vol. I, Giuffré Editore. Milano, 1952; HERZOG, J.B. De la création d'une juridiction pénale internationale permanente. RINDP, 1950, del mismo, Vid. Nuremberg, Un échec fructueux? Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1975, págs. - 24 y ss. en el que se recogen las principales concepciones sobre una jurisdicción internacional, con las aportaciones entre otros de H. BELLOT, CARTON DE WIART, POLITIS, CALOYANNI, y SALDAÑA; -- GREBING, G. La création d'une cour pénale internationale, bilan et perspectives. RINDP, 1975; MARKUS, F. Les possibilités et les conditions de la juridiction pénale internationale. RINDP, 1975; NUVOLONE, P. Problemática dell'unificazione del Diritto penale dei paesi europei, 1968; PELLA, V.V. Vingt-cinq ans après. Un tournant dans l'evolution du droit pénal international. RINDP, 1950; VAN BEMMELEN, J.M. Unification du droit pénal, en RINDP, 1964. Así como todo el volumen de la RIDP de 1964 dedicado a -- los Proyectos de naciones Unidas para la institución de una Justicia penal universal. Vid. asimismo Droit communautaire et -- Droit penal. Colloque du 25 octobre 1979. Università di Parma. Milano. Dott. A. Giuffré Editore-Bruxelles-Emile Bruylant, 1981. y LACCONIA, A. Organos de Justicia internacional penal, ADPCP, -- 1950, y BOUZAT, P. Propositions pour la constitution d'une cour pénale européenne, RINDP, 1967. Además, con carácter general, Vid. GLASER, S. ob, cit, y en su trabajo Droit international pénal. Son origine, son état actuel et son développement, en L'Indice penale, 1968, págs. 297 a 318

nes procedimentales junto a las penales, interesa sobre todo señalar la incongruencia de utilizar dicho término para comprender específicos "delitos internacionales" como los que él sugiere¹⁶⁴, los cuales merecen pasar a engrosar la lista de infracciones del llamado Derecho internacional penal como ya hace años se propuso por algunos autores¹⁶⁵.

Resumiendo este epígrafe, debemos señalar que la agrupación heterogénea de instituciones bajo una misma denominación, como ocurre en el Derecho penal internacional siguiendo las concepciones posteriores a BENTHAM, produce como consecuencia una evidente incongruencia entre el título y el objeto que no es oportuno ni deseable mantener.

El primer inconveniente del contenido del Derecho penal internacional radica en su naturaleza penal y procesal al mismo tiempo. A nuestro juicio, si se quiere mantener la sistemática tradicional que se-

164 Vid. BASSIOUNI, M.Ch., cit, págs. 53 y ss.

165 No tiene porque rechazarse, como hace LEVI la "distinción terminológica" entre Derecho penal internacional e internacional penal, comprendiendo la primera las normas de Derecho penal interno en materia penal y la segunda las normas internacionales en materia penal. Dicho autor, -que no cree existan razones para esta distinción que por otra parte le parece "poco útil" al estar basada en la naturaleza de su fuente de producción-, tras argumentar sobre la ausencia de autonomía que se debe reconocer al estudio de las normas internacionales que atienden a la materia penal concluye afirmando que este Derecho internacional "es, si acaso, un capítulo del Derecho penal internacional". Vid. LEVI, N. Diritto penale, -cit, págs. 9 a 11. A nuestro juicio, exactamente por su diferente origen, nos parece clarificadora la distinción, que no prejuzga su exclusión del Derecho penal. En el mismo sentido PISANI, N. La penetrazione, cit, pág. 6, reservando esta segunda denominación para los ilícitos internacionales penalmente sancionados.

para el estudio de los aspectos sustantivos o materiales de los adjetivos o procedimentales en dos disciplinas independientes, deben extraerse de esta rama jurídica todos los elementos procesales, que pasarían a formar parte de una disciplina denominada -siguiendo la simetría- Derecho procesal internacional. De este modo corresponderían al Derecho penal internacional, las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio, y los aspectos penales de la extradición, del asilo, y del reconocimiento de las decisiones penales extranjeras; en tanto que se ubicarían en el Derecho procesal internacional, las reglas que determinan la competencia judicial y los aspectos procesales de los susodichos institutos, así como las formas de entreayuda o auxilio jurídico internacional en lo penal.

Ambas ramas así concebidas, tendrían dos nexos comunes: la evidencia de que sus normas proceden del Derecho estatal o interno (y no del Derecho internacional) y que en ambas nos hallamos en presencia de elementos de extranjería o internacionales. Con esta perspectiva, descartamos las denominaciones suscitadas para sustituir a aquélla, por cuanto no nos parece apropiado contemplar las normas del Derecho penal internacional como "Derecho de aplicación penal", salvo que queramos empobrecer su contenido y verlo configurado únicamente al modo de BENTHAM (concepción que parece

debe quedar definitivamente postergada). Y ello, sin olvidar que, muchas otras normas del Derecho penal -- han de ser conceptuadas como Derecho de aplicación -- (prácticamente la totalidad de la parte general de -- los Códigos penales) y, más aún, que en esa expresión no quedan debidamente diferenciadas las materias penales y procesales de los institutos actualmente incluidos en dicha disciplina. Tampoco define adecuadamente el contenido, la expresión "Derecho penal extranacional" acuñada por LOMBOIS, puesto que, al margen de -- que a ella es posible hacer el mismo último reparo -- que a la precedente, suscita con sus términos el equívoco de aludir a una especie de derecho "fuera" o -- "más allá" del Derecho estatal, lo que no depara, desde luego, más propiedad o exactitud que el término -- que pretende reemplazar. Otro tanto, puede afirmarse de la expresión "Derecho penal interestático" propugnada por V.V. PELLA que ha sugerido significado distinto para PLAWSKI, según hemos advertido.

El segundo inconveniente del contenido del Derecho penal internacional deriva de la adscripción de materias distintas a las señaladas -- más ambiciosas y de difícil consecución a corto plazo -- como son, en resumen, las infracciones estatales, los delitos internacionales emanados de hipotéticos legisladores de la

Comunidad internacional, o la inverosímil implantación de una Justicia penal internacional o universal. Ambos grupos no cuadran, a nuestro entender, en aquella denominación, por presentar como elemento aglutinante, una procedencia distinta, la de su fuente u origen en el Derecho internacional. Deben ubicarse, por ello, - en disciplinas jurídicas diferentes, asignando la materia procesal para un Derecho internacional procesal, si se prefiere separar ambos problemas y mantener la sistemática tradicional. Descartamos con ello la oposición a diferenciar estas materias de las anteriores¹⁶⁶, ya que debido a su distinto origen, clarifican su problemática.

Con estas cuatro disciplinas, conceptuadas en los términos indicados, no tienen por qué surgir calificaciones de impropiedad o inexactitud, ni mucho menos rechazos o negaciones, ni propuestas de nuevas denominaciones que como las citadas en su momento no aportan mejor definición de su objeto.

D. DEL ENCUADRE DISCIPLINAR DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

166 Vid. en sentido contrario. LEVI, N. Diritto penale, cit, págs.

9 a 11.

La materia tratada en el Derecho penal internacio--
nal, tanto en su contenido originario (esto es, como
reglas de aplicación espacial de la ley penal), como
en los posteriores, presenta a nuestro entender un ú--
nico distintivo evidente, su componente internacional.
Ya sea por los elementos específicos derivados de los
puntos de conexión, ya sea por la presencia de otros
elementos extranjeros como la participación de autori--
dades o Tribunales extranjeros, por la eficacia de --
las decisiones emitidas por instancias judiciales fo--
ráneas, etc., no puede negarse que la realidad iñter--
nacional se halla siempre presente, -desde este pris--
ma o ángulo al menos-, aunque no sea posible advertir,
-salvo en ciertos institutos como la extradición o el
asilo, y en ciertas concepciones singulares al modo -
de la de BASSIOUNI-, normas emanadas de órgaos su--
praestatales, o sea, de Derecho internacional público
en materia penal. Ni siquiera hallamos normas o dispo--
siciones imperativas u obligatorias para los Estados
no signatarios del correspondiente Tratado o Conven--
ción internacional, dentro de las llamadas "infraccio--
nes de la comunidad universal".

Precisamente por esa exclusiva presencia de ele--
mentos de extranjería en todo el objeto asignado al -
Derecho penal internacional, no dudamos en aceptar --

que esta disciplina jurídica pueda formar parte del Derecho internacional privado, discrepando con ello de la afirmación de JESCHECK de que "puesto que es el Estado mismo el que establece las reglas del Derecho penal internacional para él vigentes, esta parte del Derecho penal pertenece al Derecho estatal y no al Derecho internacional aunque se trate de normas para la aplicación del propio poder punitivo a extranjeros y a hechos cometidos en el extranjero"¹⁶⁷.

A nuestro juicio, una vez superada o, al menos prácticamente superada, la dicotomía entre los adjetivos "público" y "privado" de las denominaciones de las dos ramas del Derecho internacional, no debe resultar extraño que puedan incluirse las normas del Derecho penal internacional en el campo del Derecho internacional privado, si tenemos en cuenta que aquellas se caracterizan por las siguientes notas: a) que se trata de una parte del Derecho interno del Estado, b) que este Derecho interno se va a aplicar a supuestos especiales, y, c) que tales supuestos y la subsiguiente aplicación de las normas quedan particularizados por la presencia de un elemento de extranjería en la

167 JESCHECK, H.H. Tratado, cit, pág. 222.

situación a regular. Estas mismas notas caracterizan el objeto del Derecho internacional privado, y lo único en que se diferencia la materia del Derecho penal internacional de otras materias de estudio del Derecho internacional privado es en el carácter "público" de las mismas, carácter público que se halla ausente de las relaciones o situaciones jurídicas privadas o particulares especializadas por la presencia de elementos extranjeros. Mas la postura doctrinal tradicional que no veía en esta rama jurídica sino un "Derecho conflictual", se halla actualmente -como hemos visto- en franca decadencia o retroceso, y la presencia del Derecho público en el Derecho internacional privado -no parece puede ser negada¹⁶⁸. Un último dato -específico del Derecho español- podría servir para consolidar nuestro aserto. El artículo 8.1º del Código civil español, cuya importancia en la materia tratada es indudable al reconocer la territorialidad penal, queda encuadrado en la sistemática del mismo como la primera de las "normas de Derecho internacional privado". El dato, por ser de Derecho positivo vigente, es significativo.

168 Debe, por ello, arrumbarse la tesis defendida por LOMBOIS distinguiendo por los "objetos", el Derecho internacional privado y el Derecho penal en este punto del Derecho penal internacional, por cuanto siempre o casi siempre será aplicable la ley nacional y -nunca la extranjera. Vid. el razonamiento del citado autor en LOMBOIS, C., cit, pág. 8.

¿Quiérese decir, pues, que su encuadre disciplinar único es el Derecho internacional privado? No. Por el contrario, entendemos que hay dos disciplinas jurídicas que deben tener como objeto de estudio las materias del Derecho penal internacional con las matizaciones efectuadas antes: el Derecho penal y el Derecho procesal.

Al Derecho penal le interesa todo el contenido sustancial, material, de las instituciones que trata. Así, comenzando porque resulta indispensable para él conocer cual es el ámbito de aplicación de sus leyes, caen dentro de su objeto las reglas que determinan dicho ámbito, como del mismo modo, todos los aspectos estrictamente penales que han de presentar, necesariamente, la extradición, el reconocimiento de las decisiones penales extranjeras, el asilo, o las formas de entreayuda judicial. Todas estas normas han de ser contenido básico del Derecho penal ya que, además, tienen su base en el Derecho estatal o nacional.

Al Derecho procesal le interesa igualmente, tanto las reglas que determinan la competencia jurisdiccional, como todos los aspectos procedimentales que poseen aquellas mismas normas, por semejantes razones a las explicitadas.

Contra esta distinción, que posibilita el estudio parcial de una misma institución tanto por el Derecho penal como por el Derecho procesal puede objetarse el inadecuado tratamiento que ello ha de reportar. Esta censura, no exenta de razón en parte, carece globalmente de apoyo y no resulta concluyente, salvo que olvidemos una verdad más amplia. Esta verdad, que invalida esa censura, la hallamos en la drástica separación de estas dos disciplinas de Derecho público: el Derecho penal y el Derecho procesal. Cada una de ellas camina científicamente por separado, sin que ello provoque fisuras en la exégesis de la materia.

E. CONSIDERACIONES FINALES.

Después de exponer las distintas consideraciones que el empleo de la denominación Derecho penal internacional ha generado, -a consecuencia de las cuales ha visto ampliado su objeto de estudio-; así como después de explicitar las distintas propuestas de sustitución de dicho título con la pretensión de adecuarlo mejor al contenido tratado, hemos analizado y comentado todo ello -tras delimitar la materia concreta de nuestro trabajo-, llegando a las siguientes conclusiones.

Que la denominación Derecho penal internacional formulada por BENTHAM para referirse a las normas de Derecho interno que delimitan el ámbito espacial de aplicación penal, es perfectamente asumible, sin que deban aceptarse las censuras efectuadas a su "impropiedad" o "inexactitud", por cuanto ello puede obviarse percibiendo que el adjetivo internacional califica tan sólo las situaciones jurídicas reguladas (que no las normas reguladoras) precisamente por la presencia de elementos extranjeros o internacionales. Ello, al margen de que las denominaciones ofertadas para reemplazar aquella son más discutibles y menos concluyentes por utilizar expresiones multívocas. Sin duda, podríamos concluir trayendo a colación aquellas ciertas palabras de JIMENEZ DE ASUA cuando afirmaba: "Acaso por ser viejo europeo abomino de los cambios de palabras, que por otra parte, suelen dejar intactas las antiguas esencias y, porque soy un revolucionario me parece mejor cambiar los contenidos sin tocar las denominaciones usaderas"¹⁶⁹.

Por el contrario, respecto de las posiciones -- que se han ido decantando por incluir en el Derecho --

169 JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, cit, I, págs. 29 y 30.

penal internacional normas e instituciones muy diversas, dotándole de un contenido más amplio y peculiar -según los casos-, aún manteniendo mayoritariamente - el respeto a la fuente u origen en el Derecho estatal, somos partidarios de una depuración que posibilite la coherencia entre el significado que denota el título y su contenido, salvando así la heterogeneidad que es su característica primordial. Escuetamente, y desde - las perspectivas actuales, proponemos: a) mantener la denominación tradicional para estudiar en ella, además de las reglas de delimitación del ámbito espacial de la ley penal, las normas penales presentes en las instituciones que comúnmente se ubican en el Derecho penal internacional; b) deferir al Derecho procesal - internacional, como deseaban acertadamente desde hace tiempo algunos juristas, las reglas que delimitan la competencia judicial, y los aspectos procedimentales de aquellas mismas instituciones; c) reservar la intitulación Derecho internacional penal para comprender el Derecho penal de fuente estrictamente internacio-- nal, como parte específica y separada del Derecho penal interno con elementos de extranjería, como también postulaba hace tiempo una parte de la doctrina, y, d) incluir en un futuro Derecho internacional procesal, las disposiciones de esta naturaleza emanadas de la -

Comunidad internacional, junto a las inverosímiles -- instituciones judiciales de carácter internacional -- que pueden crearse en el porvenir.

Por último, en atención a estas premisas, sustentamos el siguiente encuadre disciplinar: a) la materia que asignamos al Derecho penal internacional, que no deja de ser nunca Derecho penal sustantivo, debe seguir siendo parte del objeto de trabajo de esta disciplina, como también, por la relevancia de los elementos extranjeros presentes, debe encuadrarse en el Derecho internacional privado, entendido éste en el sentido que en la actualidad recibe por parte de una fuerte y amplia tendencia doctrinal; b) el Derecho procesal internacional, según nuestro concepto, ha de ser objeto del Derecho procesal y del Derecho internacional privado, transplantando aquí las razones anteriores; c) el futuro Derecho internacional penal, de base internacional, caería encuadrado tanto en el Derecho penal como en el Derecho internacional público, y d) el Derecho internacional procesal del porvenir, igualmente se disciplinaría en el Derecho procesal y en el Derecho internacional público.

A los fines más inmediatos de nuestro estudio, por tanto, insistimos en ~~acoger~~ el término Derecho penal internacional y estudiar una parte básica de él: las normas de aplicación espacial de la ley penal.

CAPITULO II

COMPETENCIA LEGISLATIVA Y COMPETENCIA JUDICIAL

(EL DERECHO PENAL Y LA JURISDICCION PENAL)

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Se trata en este capítulo de exponer sucintamente la problemática a que da lugar la estrecha unión que en materia penal se produce entre la competencia legislativa y la competencia judicial. Dicha problemática que puede confundir ambas competencias -y de ahí que precisemos - su distinción conceptual-, trae su origen en la aplicación por los Tribunales de su propia ley penal, excluyendo toda aplicación de disposiciones pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos extranjeros. Es decir, -- que una vez se delimita qué ordenamiento jurídico es -- competente para ser aplicado a la infracción de que se trate, los Tribunales del foro prescinden de toda norma extranjera a ellos, para juzgar y hacer valer lo juzgado. Claro está que el problema puede ser planteado a la inversa, en el sentido de que una vez determinada la -- competencia judicial o jurisdiccional, ésta, ineludiblemente, arrastra la de la aplicación de sus propias leyes.

La consideración, pues, de la inaplicabilidad de la ley penal extranjera produce esa identificación o equi-

valencia de ambos tipos de competencia en la esfera de lo penal, por cuanto la intrínseca naturaleza del Derecho penal como Derecho público, y más aún como aquella parte del ordenamiento jurídico positivo cuya misión - consiste en tutelar y proteger el "orden público" del Estado, no admite excepciones.

Frente a este planteamiento, mayoritariamente aceptado y defendido por la doctrina, actualmente es posible observar, dada la mayor interrelación que existe entre los Estados (fundamentalmente por la facilidad de las comunicaciones y la disponibilidad de avanzadas técnicas de conocimiento de las leyes y sentencias represivas extranjeras, etc.), así como la necesaria coexistencia entre ellos, que se traduce en los propósitos de - colaborar estrechamente en la lucha contra la delincuencia (algunos de los cuales son una positiva realidad - en tanto que han permitido acordar una serie de Convenios Internacionales sobre estos fines¹), un tenue o leve retroceso de esa absoluta inaplicación. E incluso, excepcionalmente, dos ordenamientos jurídicos europeos,

1 Citamos, entre otros, algunos de los más recientes Convenios europeos en materia penal; Convenio Europeo de auxilio judicial - en materia penal, nº 30 de 20 de abril de 1959; Convenio Europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal, nº 73 de 15 de mayo de 1970; Convenio Europeo para la vigilancia de - personas condenadas o liberadas condicionalmente, nº 51 de 30 de noviembre de 1964; C. E. sobre transmisión de las demandas de - asistencia judicial, nº 92 de 27 de enero de 1977; C.E. sobre - traslado (o transferencia) de personas condenadas, nº 112 de 21 de marzo de 1983.

el portugués y el suizo, dan entrada en sus respectivos Códigos penales, como veremos, a la aplicación directa de las leyes penales extranjeras².

Pero también, y ello es aún más convincente, frente a este axioma tan radical, es posible oponer algunos - argumentos de considerable interés que cuestionan o limitan la segura afirmación acerca de la práctica identidad de la competencia legislativa y judicial. En primer lugar, la propia significación del término "orden público" nada unívoco; en segundo lugar, el entendi--- miento del principio de la "territorialidad penal" que asimismo es plurívoco; en tercer lugar, por la constatación de excepciones previstas en las legislaciones - nacionales a la territorialidad -entendida en sentido absoluto- de la ley penal.

Teniendo en cuenta la conexión que esta problemática de las competencias presenta con la noción de la territorialidad, tratamos en este capítulo únicamente de su distinción terminológica y de los criterios doctrinales sustentados respecto de su conexión, para no interferir las consideraciones que han de hacerse al comentar los distintos significados de la territorialidad penal, en el siguiente capítulo.

² Vid. Código Penal Suizo, artículo 5, inciso 1º; y Código Penal Portugués, de 1982, artículo 6º, nº 2.

II. DETERMINACIONES CONCEPTUALES.

El distinto significado y alcance de las referidas - competencias queda patente en los siguientes conceptos:

A. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA.

Definimos esta competencia diciendo que es aquel conjunto de normas que establecen el ámbito del dominio de la ley penal en el espacio, precisando los elementos en base a los cuales un acto, conducta o comportamiento queda sometido o sujeto a un sistema jurídico.

Este conjunto de normas penales constituye el llamado "ius puniendi" o poder punitivo del Estado en el espacio, y es único tanto en el interior del territorio de soberanía como en su aplicación a hechos ocurridos - en el extranjero. Salvando, obviamente, los supuestos - contemplados en las legislaciones penales como la suiza o portuguesa anotadas, en los que, al posibilitar la -- aplicación directa de la ley penal extranjera, permiten discernir entre la competencia legislativa que se ejerce y el derecho penal que se aplica al caso concreto.

B. LA COMPETENCIA JUDICIAL O JURISDICCIONAL.

Conceptuamos esta competencia como el conjunto de normas que designan la jurisdicción que debe conocer de la situación sometida o sujeta a la ley penal, de su ca lificación y de la posterior imposición, si procede, de sanción.

A diferencia de la anterior, la jurisdicción penal se distribuye en distintos órganos, de diversa naturaleza, tanto para el conocimiento de hechos cometidos en territorio propio como en los ejecutados en el extranjero.

III. CRITERIOS DOCTRINALES.

Las posturas mantenidas por la doctrina, que oscilan entre la inseparabilidad de ambas competencias y su conexión con excepciones, permiten distinguir dos grandes criterios que denominamos conexión absoluta y conexión relativa.

A. CONEXION ABSOLUTA.

Esta tesis mantiene una tan estrecha unión entre ambas competencias que las considera "inseparables". Es el caso de DONNEDIEU DE VABRES, firme defensor, por otra parte según veremos, de la aplicación de la ley penal extranjera, para quien es de "sentido común" que -- "la competencia judicial y la competencia legislativa -- son inseparables en el terreno del derecho penal internacional", basando su aseveración en la territorial que "tiene por corolario una aplicación igualitaria de la ley penal, cualquiera que sea la nacionalidad del culpable"³. De la misma idea son BOUZAT y PINATEL aceptando

3 DONNEDIEU DE VABRES, H. Précis, cit. pág. 446.

la "admisión unánime" de esa inseparabilidad y su consecuencia lógica: "la competencia de la ley penal de un país entraña la competencia de la jurisdicción penal de ese país"⁴.

En nuestra doctrina, advertía GOMEZ ORBANEJA de la coincidencia entre los límites de aplicación en el espacio de la ley procesal penal con los del ejercicio de la soberanía del Estado "y por consiguiente, con los del territorio nacional", razonando: "O quizá sea más exacto decir que el proceso penal está regulado por las normas del Estado a que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se desenvuelve. Más ambas cosas, de hecho, coinciden, porque salvo supuestos excepcionales -- los tribunales españoles, tanto ordinarios como especiales, sólo pueden actuar dentro del territorio español, y su actuación se rige en todo caso por la ley procesal española (ordinaria o especial), independientemente del lugar del delito (España o extranjero). Análogamente y con independencia del lugar de su comisión, siempre que el hecho caiga bajo el imperio de la ley penal española (ya por el principio de territorialidad, ya por el personal o por el de protección), los tribunales españoles han de aplicar sin excepción el derecho penal material español para la calificación y castigo de las infraccio

⁴ BOUZAT, P./PINATEL, J. *Traité*, cit., pág. 1626.

nes... La existencia y alcance de las normas extranjeras entra únicamente en la cuestión de fijación de los hechos"⁵. También ANTON ONECA señalaba la unión de ambas competencias "ya que a nuestros Tribunales está ve dado aplicar otras leyes penales que las españolas"⁶.

B. CONEXION RELATIVA.

Se caracterizan estas tesis por poner de manifiesto que la ligazón entre las susodichas competencias no es exacta o, que al menos, admite excepciones que no conducen, necesariamente, a una absoluta conexión, aún cuando reconozcan la común y estrecha coincidencia en materia penal.

Este planteamiento lo mantienen MERLE y VITU significando que, si bien las competencias legislativa y judicial "van de ordinario a la par" por cuanto es "una regla necesaria que el juez llamado a resolver sobre un proceso criminal, no puede aplicar más que su ley nacional", dicha afirmación "no es totalmente exacta y el juez penal debe en ocasiones tener en cuenta la ley penal extranjera"⁷.

5 GOMEZ ORBANEJA, E. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo I. Barcelona, 1947. Págs. 88-89.

6 ANTON ONECA, J. Derecho penal, cit., pág. 113.

7 MERLE, R./VITU, Traité, cit., pág. 343. Idéntico razonamiento - efectúan PRADEL, J. Droit pénal. Tome I. Ed. Cujas. París, 1981. Pág. 182 y VOUIN, R./LEAUTE, J. Droit pénal et Criminologie. -- Presses Universitaires de France. París, 1956. Pág. 135. Vid. en el mismo sentido, FELLER, S.Z. La résolution des conflits de juridiction en matière penale, en RINDP 1974, concretamente, págs. 538 y 539.

El pensamiento de JESCHECK es que, en todo caso, hay que partir de distinguir "el problema de los límites del poder punitivo nacional de la cuestión de la soberanía de la Jurisdicción penal nacional frente a determinadas categorías de extranjeros o frente a nacionales que han cometido determinadas clases de delitos que muestran aspectos internacionales". Tras señalar la normal coincidencia entre poder punitivo y jurisdicción penal, "ya que todo Estado aspira a hacer valer su poder punitivo por sus propios Tribunales, porque incluso en el ámbito internacional el Estado es responsable del orden público en su esfera de soberanía", admite, sin embargo, que existen "excepciones a este principio" y que en estos casos "excepcionales no coincide la extensión del poder punitivo y la extensión de la jurisdicción penal, porque los Estados pueden acordar en Tratados Internacionales limitar su jurisdicción penal sin tener que renunciar por eso al mantenimiento de su poder punitivo material"⁸.

La opinión de LE CALVEZ aparece más terminante, al referirse a las leyes internacionales o convencionales relativas a las leyes penales de forma, mostrando cómo en base al desarrollo de esas convenciones internacionales, el juez penal "no está obligado a utilizar

⁸ JESCHECK, H.H. Tratado, cit., pág. 222. En el mismo sentido se expresa en su trabajo L'oggetto, cit., págs. 635 y 636.

únicamente su ley nacional" por sostener que aunque -- "después de su ratificación la ley convencional deviene una ley interna, sin embargo, el legislador nacional no ha tenido ninguna iniciativa en la elaboración del texto, quedando limitado a autorizar la ratificación"⁹.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Con independencia de las conclusiones a que ha de llegarse al reflexionar sobre las excepciones que presenta la territorialidad penal, puede y debe seguirse ya un criterio relativo, opuesto al de la identificación absoluta de ambas competencias. La razón de ello es clara, ya que este último rechaza su diferenciación, sin tener en cuenta que ésta no radica únicamente en la ausencia de aplicación de la ley penal extranjera, y que incluso excepcionalmente, puede limitarse (o ampliarse) la jurisdicción, por vía convencional, sin limitar por ello la competencia legislativa, o al revés.¹⁰

9 LE CALVEZ, J. Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal. RSCCRIM. N^os 1 y 2. Ed. Sirey. París, 1980, pág. 30.

10 Vid. sobre el tema ZICCARDI, P. Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana, en RitDP, 1959, págs. 462 a 490, y -- may en concreto págs. 470 a 475.

CAPITULO III

LA NOCION DE TERRITORIALIDAD PENAL

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Para completar el estudio de la problemática suscitada en el capítulo anterior, relativa a la delimitación de las competencias legislativa y judicial, es preciso poner de relieve ciertos aspectos del concepto multívoco de territorialidad penal. Como se esbozaron en páginas precedentes, la noción de orden público, -- los significados que pueden extraerse de aquella noción, y las excepciones a la misma idea de territorialidad penal -- en cualquiera de sus acepciones --, son muestras evidentes de que no es indubitable afirmar el carácter absolutamente coincidente e inseparable de las referidas competencias.

La importancia de la cuestión tratada se pone de manifiesto al analizar la distinta dimensión del problema según la acepción del concepto de territorialidad -- que se adopte, teniendo en cuenta siempre que en ningún caso puede acogerse una noción absoluta, por cuanto -- las excepciones están siempre presentes con indiferencia del significado.

II. SIGNIFICADOS DE LA TERRITORIALIDAD PENAL.

Esencialmente la doctrina iusinternacional-privatista es la que ha puesto de manifiesto la ausencia de -- univocidad en el concepto de territorialidad penal¹, - señalando, por el contrario, las diferentes cosas que puede significar o las diversas acepciones que puede - adoptar.

MIAJA DE LA MUELA diferencia en esta expresión tres significados: en primer lugar, puede identificarse con el ámbito de aplicación territorial de la ley penal, - entendiendo con ello "la regulación de las cosas situadas, o de los hechos producidos en el territorio de determinado Estado por la ley de éste"; en un segundo lugar, con la competencia judicial territorial en mate--ria penal, esto es "que cada Estado confiere competencia a sus Tribunales para reprimir todos los hechos delictivos realizados en su territorio y sólo éstos"; y por último, con la aplicación necesaria de la ley pe--nal del foro territorial: lex fori, denominada por PECOURT aplicación "de la ley material del foro"², o sea

1 Vid. por todos MIAJA DE LA MUELA, A. Derecho internacional, cit, págs. 514 y ss., PECOURT GARCIA, E., cit, págs. 11 y ss., DE ANGULO RODRIGUEZ, M. Objeto, cit, págs. 755 y ss., y CARRILLO SALCEDO, J.A. Derecho internacional, cit, págs. 33 y ss.

2 PECOURT GARCIA, E., cit, pág. 10.

que "los referidos Tribunales aplican siempre las leyes penales de su propio Estado con exclusión de las de -- cualquier otro"³.

PECOURT, siguiendo esta clasificación, manifiesta - este triple sentido del uso de la territorialidad pe-- nal: "a) que los tribunales del foro son competentes - para conocer de todo acto delictivo cometido en terri- torio nacional (competencia judicial), b) que debe en- juiciarse la causa de la que conozcan los tribunales - del foro de acuerdo con el derecho material, c) que -- los tribunales del foro deben aplicar en todo caso las leyes penales propias y nunca las extranjeras"⁴.

Por su parte, ANGULO, al que le "parece imprescindi- ble proceder a una desmitificación de la territoriali- dad", señala estas dos acepciones importantes: "a) Te- rritorialidad en el sentido de la exclusiva aplica- bilitad del Derecho dictado para el propio territorio, con la negación consecuente de todo efecto -extraterri- torialidad- a las disposiciones emanadas de otra sober- ranía jurídica. b) Territorialidad en el sentido de a- firmación de una especial naturaleza en las conexiones

3 Vid. MIAJA DE LA MUELA, A. Derecho internacional, cit, pág. 514.

4 PECOURT GARCIA, E. cit, págs. 11 y 12.

a utilizar por las normas de conflicto; así, por ejemplo, cuando tipificando la regla "locus" se quieren -- vincular un tipo de supuestos a un determinado territorio, por contraposición a las conexiones penales (la -- nacionalidad, por ejemplo) que expresan ante todo la -- pertenencia a una comunidad concreta"⁵.

Puesto que conviene examinar hasta qué punto esas -- distintas determinaciones que se derivan del concepto de territorialidad penal, poseen carácter absoluto -- y/o admiten excepciones, seguimos en nuestro análisis la triple versión trazada por el profesor MIAJA DE LA MUELA.

A. AMBITO DE APLICACION TERRITORIAL DE LA LEY PENAL.

La aplicación de la ley penal del Estado en el -- que ha tenido lugar la infracción delictiva es, sin du -- da, la acepción esencial que se deduce de la considera -- ción como "territorial" de la ley penal. Todo Estado -- sostiene que los hechos ocurridos en su territorio, -- quedan automáticamente sometidos a su ley penal, por -- cuanto el territorio es el ámbito de validez espacial de sus normas.

5 DE ANGULO RODRIGUEZ, M. Objeto, cit, pág. 755.

En efecto, como dice PECOURT "la afirmación de -- que las leyes penales son territoriales explica suficientemente la aplicación del derecho propio respecto de hechos delictivos cometidos en el territorio nacional"⁶. La razón de ser de esta calificación de las leyes penales como "territoriales" ha de basarse en la idea de la soberanía estatal. La ley penal, emanada de ésta, y que protege la noción de "orden público" de un Estado determinado, halla su aplicación dentro de los márgenes del territorio al que extiende su soberanía. Aunque, también sea multívoco el concepto de orden público por cuanto -- "lo mismo supone -al decir de MIAJA DE LA MUELA- la plena imperatividad de algunas leyes internas que la impenetrabilidad en los sectores regulados por ellas de cualquier ley extranjera"⁷, bien puede definirse con LOMBOIS diciendo que esta expresión "traduce las exigencias fundamentales del nacimiento de una sociedad: toda sociedad tiene un orden público, incluida la sociedad internacional que forman entre sí los Estados soberanos"⁸.

En la legislación española ha sido acogido y lo si que siendo este significado de la territorialidad penal,

6 PECOURT GARCIA, E. cit, pág. 11

7 MIAJA DE LA MUELA, A. De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado. Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott. Universidad de Valladolid, 1977, pág. 25.

8 LOMBOIS, C. Droit pénal, cit, pág. 2.

en el artículo 8 del Código Civil, el cual sienta además "implícitamente el principio de la aplicación exclusiva de las leyes penales españolas", según MIAJA DE LA MUELA⁹. Explícitamente se reconocía en los artículos 10 y 11, apartados 1º y 2º del Código penal de 1928, en el artículo 7 del P.L.O.C.P. 1980, y en el artículo 8 de la P.A.N. C.P. 1983. Implícitamente, en la vigente L.O.P.J. de 1985 en su artículo 25.1º, como lo estaba en la centeneria de 1870, artículo 333.

En el derecho comparado, expresamente lo reconocen los artículos 4º del Código penal portugués, 3 y 6 del italiano, 3 apartado 1º del suizo y los parágrafos 4 del Código penal alemán y 62 del austriaco, por citar algunos de los más representativos.

B. COMPETENCIA JUDICIAL TERRITORIAL EN MATERIA PENAL.

De la concepción que se realizaba de esta acepción del concepto de territorialidad penal, deducimos, a su vez, dos significados, cuyo tratamiento desglosamos así: a) como competencia exclusiva de los Tribunales del Estado del territorio donde ha ocurrido la infracción, y b) como exclusión de la competencia de esos Tribunales para conocer hechos cometidos en cualquier otro territorio.

⁹ MIAJA DE LA MUELA, A. Derecho internacional, cit, pág. 519.

En el primer sentido, caben hacer las mismas consideraciones a las ya efectuadas a propósito del Derecho material, por cuanto junto a la territorialidad penal en aquél aspecto queda unida la exclusiva intervención de los Tribunales nacionales para enjuiciar los delitos cometidos en el territorio de su jurisdicción.

En la legislación española, el artículo 333 de la L.O.P.J. de 1870 ha sido el apoyo jurídico explícito determinante de esa afirmación de la exclusividad de la competencia de los Tribunales españoles, como lo es el vigente artículo 23, apartado 1º de la L.O.P.J. de 1985.

El segundo sentido, sin embargo, no puede, en modo alguno, conceptuarse como significado derivado de la territorialidad penal, ya desde un punto de vista teórico, ya se tome desde un punto de vista práctico.

Desde el primer punto o teórico, porque resulta contradictorio con la aseveración formulada antes, ya que no se puede, a partir de las afirmaciones de que las leyes penales son territoriales y que la competencia judicial es territorial, explicar y/o justificar el sometimiento a las leyes penales y el sometimiento a los Tribunales de la misma nacionalidad, cuando el delito ha sido cometido en un territorio extraño sujeto al imperio de otras leyes penales y a la competencia de otros Tribunales para su enjuiciamiento. A ello debe añadirse, que, precisamente en este aspecto, es en el que se produce la

quiebra más radical de la territorialidad penal, al extender la aplicación del ordenamiento jurídico a hechos cometidos fuera de su territorio y declarar competentes para el enjuiciamiento de estos hechos a sus propios Tribunales. No justifica -señala PECOURT- la territorialidad penal "dicha aplicabilidad, cuando por virtud de los principios de competencia personal, real o universal, -- los tribunales del foro pueden conocer de hechos delictivos realizados en territorio extranjero"¹⁰.

Desde el punto de vista práctico, el principio de territorialidad referido a la competencia judicial, nos revela su insuficiencia y con ella la forzosa conjugación con otros criterios que permitan extender la competencia judicial y determinar su extraterritorialidad. Esos criterios, a los que aludía el citado autor, excepcionan el principio de territorialidad, operando con ello una notable ampliación de la competencia judicial al extenderse sobre hechos ocurridos en territorio extranjero.

En la legislación española se consagra expresamente esta extraterritorialidad de la competencia judicial en el artículo 23, apartados 2 a 5, de la vigente L.O.P.J. de 1985, como se hacía, de igual modo, en los artículos

10 PECOURT GARCIA, E. cit, pág. 12.

336 a 341 de la de 1870. Implícitamente también, en los artículos 11 a 15 del Código penal de 1928, en los artículos 10 a 13 del P.L.O.C.P. de 1980 y en los artículos 8 a 10 de la P.A.N.C.P. de 1983.

La misma extraterritorialidad judicial se desprende de los párrafos 5 a 7 del Código penal alemán, y 64 a 66 del austríaco, así como de los artículos 7 a 10 del italiano, 5 del portugués y 4 a 6 del suizo.

C. APLICACION NECESARIA DE LA LEY PENAL NACIONAL.

Este significado del concepto de territorialidad es rechazable por los mismos argumentos expuestos en el apartado anterior, pues el que las leyes penales sean territoriales no fundamenta el que haya de aplicarse, en todo caso, la ley penal nacional, y, "mucho menos la inaplicabilidad del derecho extranjero"¹¹, a hechos ocurridos en territorio extranjero.

Si no procede esta acepción de la consideración como territorial de la ley penal, su fundamento, como en el caso anterior, habrá que buscarlo en el "exclusivismo" del Derecho penal. Este exclusivismo puede estar basado en razones fundamentalmente pragmáticas. Así, para MIAJA dado que "el juez penal está más vinculado a la voluntad

¹¹ PECOURT GARCIA, E., cit, pág. 12.

de su legislador que el que administra justicia en cualquier otra materia; ha de sancionar, sin otro arbitrio - que el que le pueda caber en la medida de la pena, todos los hechos que su legislador tipifica y ninguno más. En materia penal, además, el principio de igualdad ante la ley es más riguroso que en la civil: cualquier aplicación de la ley extranjera supondría un trato favorable o desfavorable al reo, en contradicción con los principios más básicos del Derecho penal. En esta situación, la aplicación de una ley extranjera a la sanción de un hecho delictivo es inconcebible"¹². No coincide, sin embargo, con este planteamiento DONNEDIEU DE VABRES, cuyo razonamiento difiere en lo formal y en lo sustancial al señalar: - "Por atractiva que parezca la ignorancia sistemática del Derecho penal extranjero, por acorde que ella sea con la pereza del juez, es menos excusable y más inoportuna a medida que las leyes de los diversos países se acercan, - que la rapidez de los cambios facilitan las consultas, - que las ocasiones de aplicarla se multiplican. Lo esencial en cambio, es que el delincuente pueda saber, cuando comete su acto, a qué pena se expone, cuál es la ley según la cual será juzgado. Y como un mismo delito le hace responsable ante diversos jueces, le expone a compare

¹² MIAJA DE LA MUELA, A. Derecho internacional, cit, pág. 393.

cer ante Tribunales de diversos Estados, este conoci-
miento es imposible si la competencia judicial determina
la competencia legislativa, si el juez competente no co-
noce más que la *lex fori*. La certidumbre necesaria para
la aplicación del Derecho penal que expresa el adagio --
"Nullum crimen, nulla poena sine lege", tiene por corola-
rio la obligación para los jueces de todos los países -
de conocer y aplicar, si se presenta el caso, las leyes
penales extranjeras"¹³.

Pero también puede estar basado en la considera-
ción misma de la naturaleza del ordenamiento penal como
Derecho público. Así, PECOURT precisaba que esa naturale-
za "y su necesaria derivación, el exclusivismo, fundamen-
tan mejor que la noción plurívoca de territorialidad la
inaplicabilidad de las leyes penales extranjeras por cuan-
to por su propia naturaleza y por sus especiales caracte-
rísticas hace absolutamente inidóneo el juego bilateral
de la norma de conflicto"¹⁴.

Sin necesidad de relatar las ventajas y/o inconve-
nientes que la regla de la aplicación exclusiva de la --
lex fori comporta¹⁵, no existe legitimación bastante en

¹³ DONNEDIEU DE VABRES, H. *Principes modernes de droit pénal interna-
tional*. Librairie Rec. Sirey, 1928, pág. 174.

¹⁴ PECOURT GARCIA, E., cit, pág. 18.

¹⁵ Vid, en detalle, las que sugieren MIAJA DE LA MUELA, *Derecho inter-
nacional*, cit, pág. 518 y PECOURT GARCIA, E., cit, pág. 14.

la noción de territorialidad penal para compartir esta -- regla. A lo sumo, existe una consideración práctica, procedente de la afirmación de que la competencia legislativa conlleva la competencia judicial en todo caso, o, incluso, que decidida esta última, arrastra necesariamente a la primera, negando de este modo la posibilidad de que en este campo existan normas de conflicto que determinen la aplicación de leyes extranjeras, a diferencia de lo -- que ocurre en materia civil o mercantil. Sólo una noción extraordinariamente análoga de la territorialidad penal podría permitir derivar de ella, la regla de la inaplicabilidad del Derecho extranjero.

III. EXCEPCIONES A LOS DISTINTOS SIGNIFICADOS DE LA TERRITORIALIDAD PENAL.

A. EN EL AMBITO DE APLICACION TERRITORIAL.

Carece de carácter absoluto la aplicación territorial de la ley penal, al existir "excepciones" a esa aplicación. Esas excepciones, con independencia de cual sea su fundamento (tema que no será objeto de este trabajo)¹⁶,

¹⁶ Por considerar, de acuerdo con la tradición jurídica española, que su temática corresponde al ámbito de la ley penal en relación a las personas, Vid. sobre este punto los Tratados y Manuales de parte general al USO.

representan la abstención o inhibición de la aplicación penal y con ello una especie de cesión de soberanía. El *ius puniendi* estatal retrocede y junto a él la jurisdicción de los Tribunales, produciendo como consecuencia una restricción de la efectiva aplicación del Derecho penal territorial.

Implícitamente se prevén, en el Derecho vigente español, en el artículo 21, apartado 2º, de la L.O.P.J. de 1985, como antes ocurría en el artículo 334 de la de 1870. Dichas excepciones no aparecían en el P.L.O.C.P. de 1980 ni en la P.A.N.C.P. de 1983, aunque si se expresaban en el artículo 25.2 del Código penal de 1928.

En el Derecho comparado, el Código penal italiano prevé estas excepciones establecidas por el Derecho público interno o por el Derecho internacional, en su artículo 3, y otro tanto hace el artículo 4º del Código penal portugués. No se contemplan expresamente, por el contrario, en los códigos alemán, austriaco o suizo.

B. EN LA COMPETENCIA JUDICIAL TERRITORIAL.

Tampoco esta competencia posee carácter absoluto en base a las "excepciones" que se la reconocen, y que en el caso de la legislación española encuentran su reconocimiento expreso en el artículo 21. 2º de la L.O.P.J. de --

1985, y anteriormente en el derogado artículo 334 de la L.O.P.J. de 1870.

Al igual que señalabamos la restricción de la aplicación territorial de la ley penal, constatamos en este caso la abstención que estas excepciones ofrecen a los Tribunales, que imposibilitan de su competencia para conocer de hechos delictivos cometidos bajo la vigencia de las mismas.

C. A LA INAPLICABILIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO.

El carácter absoluto de esta inaplicabilidad de la *lex commissi delicti*, no ha impedido desconocer el que tradicionalmente, en ciertos casos, se ha reconocido o tomado en consideración el Derecho penal extranjero. Pero, donde mejor se patentiza la exclusión de ese carácter es en los ordenamientos jurídicos que, en efecto, permiten la aplicación y entrada directa de la ley penal extranjera, para juzgar conforme a ella ciertos hechos ocurridos en territorio extranjero. Veamos ambos supuestos.

En el primer caso, históricamente se ha limitado a reconocer el Derecho penal extranjero, directa o indirectamente, esto es, bien teniendo en cuenta aquél como condición para la aplicación de la propia ley nacional, bien reconociendo los efectos de una decisión penal ex---

trajera en el territorio nacional¹⁷.

Esto es lo que sucede en el Derecho penal español, en los siguientes supuestos que contemplan distintas disposiciones penales y extrapenales:

1. Cuando se condiciona la posible aplicación de la ley penal española a que el hecho cometido en el extranjero sea considerado delito en el lugar de ejecución.

Esta toma en consideración directa de la ley penal extranjera se contempla en el artículo 23.2º a) de la vigente L.O.P.J. de 1985. Anteriormente en el artículo 341 de la L.O.P.J. de 1870. También en los artículos 13 del Código penal de 1928, 8.1º de la P.A.N.C.P. de 1983. (No así en el P.L.O.C.P. de 1980). Otro tanto, en el Derecho comparado, en los párrafos 7.1º y 2º del Código penal alemán y 65 del austríaco y en los artículos 5.1º c) del Código penal portugués y 5.1º y 6.1º del suizo¹⁸.

17 Vid. DESANTES REAL, M. La competencia judicial en la Comunidad Europea, Edito. Bosch. Barcelona, 1986, pág. 81. Comentando el Convenio de Bruselas de 1968 sobre los efectos de las decisiones de Derecho público y Derecho privado, concluye indicando "que si bien es cierto que las dificultades, ya tradicionales, en lo que concierne a la concesión del exequatur de decisiones administrativas y penales extranjeras se va atemperando con el tiempo y prueba de ello sería su inserción en el Convenio el principio de distinción entre estas sentencias y las que afectan al Derecho privado, todavía subsiste...". Vid. También DIEZ SANCHEZ, J.J. La reincidencia, cit, págs. 198 y ss. en el que se exponen los efectos negativos y positivos del reconocimiento o toma en consideración del Derecho penal extranjero, y bibliografía allí citada.

18 Vid. También en ese sentido el art. 689 del Código de procedimiento penal francés o el art. 57 bis del Código de Justicia Militar belga.

2. Cuando se condiciona la apertura del proceso penal y/o la aplicación de la sanción conforme a la ley penal española, a que el delincuente no haya sido indultado, absuelto o condenado en el extranjero y en este último caso haya cumplido la condena, o se toma en cuenta la sanción impuesta para imputar o reducir la que sería de aplicación.

Esta toma en consideración indirecta de la ley penal extranjera se reconoce en el artículo 23, apartado 2º letra c) y apartado 5º de la L.O.P.J. de 1985, como hasta entonces en los artículos 337 (extensible al 338) de la de 1870. Asimismo en los artículos 12 a 15 del Código penal de 1928, artículos 10 a 13 del P.L.O.C.P. de 1980 y en los preceptos 8.3º, 9.2º y 10.2º de la P.A.N.C.P. de 1983.

En parecidos términos, los párrafos 65 (4) y 66 del Código penal austríaco y 153 c I número 1 del StPO y 51 III del Código penal, alemanes, y en los artículos 6.1º y 4º del Código penal portugués, y 4.2º, 5.2º y 3º y 6.2º del suizo¹⁹.

3. Cuando para la apreciación de la agravante de reincidencia se toma en consideración las condenas sufridas en el extranjero.

19 Vid. asimismo el art. 692 del Código de procedimiento penal francés.

Este reconocimiento indirecto de las leyes penales extranjeras, a través de los efectos otorgados a las sentencias penales extranjeras, lo hallamos, por lo que a la legislación española se refiere, en los artículos 289 (falsificación de moneda), 344 (tráfico de drogas) y 452 bis f) (delitos relativos a la prostitución), del Código penal. También el artículo 12 del Código penal italiano - que contiene, además, otros supuestos de reconocimiento de las sentencias penales extranjeras²⁰.

A nivel convencional internacional esta cooperación y solidaridad internacional se halla también reconocida en los convenios de Cooperación Judicial en materia penal firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 (en vigor desde el 12 de junio de 1962) o el de transmisión de procedimiento en materia penal de 15 de mayo de 1972,

20 La inclusión de aquellos supuestos como el contenido en la sentencia de 20 de octubre de 1966 en la que el Tribunal Supremo español aprecia los elementos normativos de antijuridicidad según la ley extranjera (caso en el que el procesado, de nacionalidad norteamericana, condenado por la Audiencia por conducir sin habilitación legal, por cuanto el permiso de conducir que poseía, expedido en EE.UU. aparecía caducado, sin constar su renovación), anulando la sentencia de la Audiencia y absolviendo al procesado por haber desconocido aquel Tribunal la certificación expedida por el Departamento de Vehículos de motor del Estado de California (que le autorizaba en California para conducir permanentemente, hallándose facultado para renovar el permiso a su regreso a dicho Estado), no parece oportuna, tanto porque no aparece prevista en la legislación penal española, como -y esta razón es concluyente- porque no resuelve la cuestión acudiendo a una ley penal extranjera, sino acudiendo a una ley extranjera de carácter administrativo o civil.

o en el Convenio Europeo para la represión de las infracciones de circulación por carretera de 30 de noviembre de 1964 (en vigor desde el 18 de julio de 1972).

Estos son, algunos de los posibles ejemplos de esa toma en consideración directa o indirecta de la ley penal extranjera, por razones diversas, fundamentalmente, como diría CUELLO "por razones de justicia y de solidaridad internacional"²¹.

En el segundo caso, esto es, la aplicación directa de la ley penal extranjera por el juez del foro, debe señalarse que ésta presenta caracteres excepcionales en su reconocimiento.

En efecto, aún sin olvidar el precedente del artículo 17 de nuestro Código penal de 1928 que permitía la aplicación de la *lex mitior*, es lo cierto que en la actualidad sólo consignan esa aplicación los artículos 5.1º y 6.1º del Código penal suizo y el artículo 6.2º del Código penal portugués. Ambos ordenamientos jurídicos permiten la aplicación directa de la *lex delicti commissi* cuando ésta sea más favorable al reo, y desbaratan la pretendida conexión absoluta de las competencias legislativa y judicial.

²¹ CUELLO CALON, E., Derecho penal, cit, pág. 245.

No parece, sin embargo, que esta aplicación de la ley extranjera vaya a extenderse a otros ordenamientos, y ello a pesar de los postulados en su favor formulados en los últimos tiempos, entre los que debe citarse los del VIII Congreso Internacional de Derecho penal celebrado en Lisboa en 1962, cuyos temas principales eran precisamente, la aplicación de la ley penal extranjera por el juez nacional y los efectos de las sentencias represivas extranjeras. Este Congreso posibilitó, eso sí, un pronunciamiento favorable a la aplicación de la ley penal extranjera por, entre otras, las siguientes razones: mejor adecuación de la ley a la naturaleza de la infracción o al lugar de comisión de ésta; favorecimiento de la ley que mejor se adapte o corresponda con las exigencias del derecho y la justicia; independencia del inevitable azar que supone la aplicación, en muchos casos, de la ley del *iudex deprehensionis*; igualdad en el trato penal a los diversos autores y/o partícipes; seguridad y certeza para el delincuente al aplicar la *lex commissi delicti*; perjuicio para el reo si la *lex fori* es más severa que la del lugar de ejecución²².

22 Vid. BOUZAT, P. L'application de la loi penale étrangère par le juge national. Université de París. Institut des Hautes Etudes Internationales, 1966-67.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Debe reconocerse que el concepto de territorialidad - resulta plurívoco y que no todas las acepciones que pueden diferenciarse de ese concepto resultan en verdad derivadas de la territorialidad penal. Ha de aceptarse que la consideración de la territorialidad penal sólo posibilita su entendimiento en este doble significado: aplicación exclusiva de la ley penal propia a los delitos cometidos en el territorio nacional y competencia exclusiva de los Tribunales de esa nacionalidad para el conocimiento de esos hechos. En esta afirmación se aprecia la indisoluble unión de las competencias legislativa y judicial, tutelando el orden público estatal y haciendo valer esa efectiva tutela, cuando aquél ha sido lesionado o puesto en peligro.

No cabe entender, desde la noción de territorialidad penal, por el contrario, ni la extensión del ámbito de aplicación de la ley penal a hechos que tienen lugar en territorio extranjero, ni tampoco, obviamente, la extensión de la competencia de los tribunales para conocer de ellos. El fundamento de la ultraterritorialidad penal ha de hallarse en la naturaleza del Derecho penal y en el interés estatal y/o internacional de proteger determinados bienes jurídicos con independencia del territorio en el que hayan sido lesionados.

Mucho menos debe entenderse desde aquel concepto la imposibilidad de aplicar la ley penal extranjera. Sólo acudiendo al "exclusivismo" derivado del carácter público del Derecho penal podemos reconocer la negativa. Una negativa que, por otra parte, puede ser perjudicial para el reo y que desde luego no garantiza adecuadamente las exigencias de certeza y seguridad, inherentes al principio de legalidad.

Debe reconocerse asimismo que la afirmación de la territorialidad penal no es absoluta. Ello porque las excepciones existen, tanto en el sentido de aplicación de la ley penal como en el de la competencia judicial.

Puede concluirse, por último, señalando que el hecho de que a los Tribunales nacionales (generalmente, pues hemos anotado algunas excepciones significativas) les esté vedado aplicar otra ley distinta a la suya propia, siendo indiferente el lugar de comisión del delito, conduce a la afirmación de la conexión entre las competencias legislativa y judicial. Sin que ello deba extraerse, en todo caso, según hemos visto, de la consideración del carácter territorial de la ley penal. Esta conexión, sin embargo, ha de estimarse como relativa, puesto que admite excepciones, al poder tomar en consideración los Tribunales la ley penal extranjera, ya directamente, concediendo ciertos efectos a la misma, ya indirectamente, mediante el re

conocimiento de efectos a las sentencias penales extran--
jeras. La progresiva evolución en favor de la aplicación
de la *lex commissi delicti*, deseable en muchos aspectos,
aunque también indeseable en otros (v.g. piénsese en las
distintas técnicas de legislación, en la variedad y graved
dad de las sanciones, etc.), tropieza aún con muchos y --
graves obstáculos difíciles de superar, derivados no sólo
de la estrecha unión entre Derecho penal y soberanía, ---
sino también de las dificultades prácticas representadas,
entre otras, por el desconocimiento del Derecho penal ex-
tranjero.

CAPITULO IV

LIMITES DEL PODER PUNITIVO EN EL ESPACIO

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

El "ius puniendi" estatal extiende su ámbito de eficacia sobre el espacio jurídico sometido a la soberanía del Estado, de tal modo que la ley penal nacional alcanza en su aplicación todos los hechos ocurridos dentro de los límites territoriales soberanos. Este axioma, unánimemente aceptado, hace coincidir los límites de la aplicación de la ley penal en el espacio con los límites de la propia soberanía del Estado, o lo que es igual, con el territorio al cual se extiende ésta.

Sin embargo, esta coincidencia innegable presenta una quiebra cuando, como es sabido, los Estados -todos- amplían el ámbito de eficacia de sus leyes penales a hechos delictivos cometidos más allá de sus límites territoriales. En estos supuestos, en los que en razón a una serie de puntos de conexión o criterios, un Estado pretende imponer su poder punitivo sobre hechos ejecutados en el ámbito de eficacia de otro ordenamiento jurídico, dicha coincidencia no existe. Y con ello, tampoco puede identificarse el ius puniendi con el ámbito de soberanía estatal.

Se impone, pues, con estas premisas, aclarar el sentido de aquella primera coincidencia, y determinar las limitaciones que puedan establecerse a la extensión extraterritorial del poder punitivo, tema que ya fue esbozado en el Capítulo I, y cuyo desarrollo conviene, precisamente, en este momento.

II. LA COINCIDENCIA CON EL AMBITO ESPACIAL DE SOBERANIA DEL ESTADO.

El Derecho penal encuentra su ámbito esencial de aplicación en el territorio de soberanía del Estado del que emanan sus normas, por cuanto como indicaba MANZINI "si la ley es una forma de manifestación de la voluntad del Estado, es evidente que ella sólo puede imperar allá donde esta voluntad puede desarrollarse eficazmente, esto es en el territorio del mismo Estado y en los lugares en los cuales el Derecho internacional consiente la aplicación"¹.

Esta afirmación traduce, a su vez, dos consecuencias importantes: una, positiva, señalando que dentro de esos límites, tanto formal como sustancialmente, es de aplicación a todos los hechos cometidos; la otra, negativa, indicando que dentro de esos límites, del mismo modo, se excluye la eficacia de cualquier otra ley penal extranjera.

1 MANZINI, V. Trattato, cit, pág. 413.

En efecto, la consideración "territorial" de la ley penal, entendida exclusivamente como ámbito de aplicación de la ley penal y como competencia judicial territorial, halla aquí su consecuencia, la de aplicarse a todos los hechos cometidos en el territorio nacional, excluyendo toda aplicación de leyes penales extranjeras.

Esta coincidencia, sin embargo, no puede afirmarse -- tampoco como absoluta, por cuanto la territorialidad pe-- nal admite, como ya expusimos, excepciones, y éstas son -- restricciones o limitaciones al poder punitivo estatal, -- aún en la esfera de sus límites soberanos. Unas emanan -- del Derecho interno, e impiden el ejercicio normal del -- ius puniendi. Otras, proceden del Derecho internacional y hacen que ese ius puniendi retroceda por ser de aplicación al Derecho penal de la nacionalidad del sujeto activo. En tre las primeras, las excepciones de inviolabilidad, exen ciones e inmunidades de los más altos representantes del Estado. Entre las segundas, las inmunidades del personal diplomático. En ambos casos, la aplicación del Derecho pe-- nal estatal queda limitada, aunque con ello no se desvir-- túe la esencial coincidencia apuntada, en los dos senti-- dos expresados.

III. LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL PODER PUNITIVO.

La extensión de la eficacia del poder punitivo a hechos acaecidos en territorios extranjeros, a través de las conexiones reguladas en el propio ordenamiento, es objeto de limitaciones por el evidente celo con el que todos los Estados operan en la protección de su soberanía.

Dos grandes restricciones, ambas emanadas del Derecho internacional, son advertidas y puestas de manifiesto por la doctrina científica: en primer término, la que impide una regulación unilateral o autónoma de los puntos de conexión, que denominamos "restricción de la voluntad soberana"; en segundo término, la que impide realizar actos coactivos o jurídico-penales en territorio extranjero, que denominamos "prohibición de abuso jurídico".

A. RESTRICCIÓN DE LA VOLUNTAD SOBERANA.

Aunque se reconozca que "cada Estado es soberano para decidir los límites del propio poder punitivo (principio de la competencia autónoma de los Estados)"², la asseveración de esa capacidad soberana para regular el ámbito de aplicación del poder penal más allá de su propio territorio, es objeto de limitaciones, por razones diversas,

² JESCHECK, H.H. Tratado, cit, pág. 222.

pero principalmente por la ausencia de interés en la protección de bienes jurídicos con carácter general.

Esta idea la expresaba MERKEL diciendo: "no todos los delitos dondequiera y por dondequiera afectan a intereses cuya protección se halla encomendada a nuestra justicia penal, ni tampoco todos los delitos que afectan a estos intereses ofrecen fundamento bastante para que sea precisamente nuestra justicia penal la que obre y nuestras leyes las que se apliquen"³.

Sin duda, puede decirse que este argumento ha sido aceptado mayoritariamente por la doctrina, excepción hecha de aquellos "positivistas" como BINDING, VON LISTZ y VON ROHLAND a los que se refiere QUINTANO, que concebían al Estado "dueño absoluto de establecer y definir su jurisdicción criminal como mejor le plazca, sin sujeción a limitaciones impuestas por el Derecho internacional"⁴.

Repudiando esa concepción, la doctrina mayoritaria encuentra la justificación de esa limitación de la ultraterritorial penal no sólo en la atribución al poder punitivo de aquellos hechos que tienen relación directa con el propio "interés legítimo en la Administración de Justicia" sino también en el "interés de los otros Estados en la defensa de su ordenamiento jurídico y en la protección

3 MERKEL, A. Derecho penal. Traducción de P. Dorado. Madrid, s/f, pág. 396.

4 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, pág. 66.

de sus ciudadanos", como expone JESCHECK⁵.

En este doble sentido, que tiene su origen en reglas internacionales asumidas por los Estados obligando a "un minimum de respeto a principios jurídicamente preestablecidos"⁶, se basa la restricción de la extraterritorialidad penal. Restricción que impide fijar, según esos criterios, autónoma o unilateralmente su propia competencia, puesto que existen una serie de condicionamientos en la base de esa potestad soberana. La tesis así sustentada obliga a tomar en consideración ciertos principios de Derecho internacional, y de acuerdo con ellos adoptar la regulación del ius puniendi extraterritorial.

Discrepa de esta tesis LE CALVEZ rechazando la restricción tras el "asunto LOTUS", y manteniendo que es "incontestable que cada Estado es libre de determinar unilateralmente sus reglas de competencia. Poco importa -dice- que resulte de esta total libertad una discordancia con las reglas adoptadas por otros Estados, pudiendo dar lugar tanto a una acumulación de competencias cuanto a la ausencia de competencia de un sistema represivo cualquiera"⁷.

5 JESCHECK, H.H. Tratado, cit, págs. 222 y ss. Otros autores como SAGONE ponen de manifiesto que la exterritorialidad de la ley sólo "debe ser reconocida cuando sea necesaria para la protección de la norma jurídica y para la protección del Estado, y debe verificarse en los límites de esta necesidad". Vid. SAGONE, G., cit, pág. 365. MANTOVANI requiere únicamente la existencia de "un elemento de conexión que una el hecho con los legítimos intereses del Estado". MANTOVANI, F., Diritto penale, cit, pág. 819.

6 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 15.

7 LE CALVEZ, J. Compétence, cit, pág. 16.

B. PROHIBICION DE ABUSO JURIDICO.

Señalaba QUINTANO que "aunque estructurada la normal facultad jurisdiccional dentro de la ordenación jurídica de cada Estado, su limitación es un principio de Derecho incluso en la mentalidad moderna que, al ser conculcado, acarrea la situación antijurídica de un verdadero "abuso de derecho", noción interna tan felizmente incorporada a lo internacional por POLITIS y de general aceptación en la doctrina contemporánea"⁸.

Más aún, para JESCHECK, precisamente "el límite máximo de esa facultad de fijar la propia competencia está formado por la prohibición de abuso jurídico que con carácter general impone el Derecho internacional"⁹.

La problemática de esta prohibición presenta, sin embargo, dos aspectos a diferenciar, por un lado el de la pretensión de extender mediante la regulación de la extraterritorialidad, la competencia legislativa a otros territorios; por otro lado, la de pretender, del mismo modo, realizar actos coactivos en territorio extranjero. El primer punto lo expresa DE MARSICO claramente: "no es concebible que una ley penal, en puridad de principios, tenga vigor más allá del territorio sobre el cual se desarrolla

⁸ QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 16.

⁹ JESCHECK, H.H. Tratado, cit, pág. 222.

la soberanía de la cual es expresión. Territorio, soberanía y ley penal son conceptos interdependientes e inseparables. Ello comporta dos consecuencias: que ninguna soberanía extranjera puede imponernos el imperio de su ley, - que nosotros no podemos imponer sobre ningún territorio - extranjero el imperio de la nuestra"¹⁰.

Este pensamiento coincide con aquel otro explicitado por M.P. DIAZ de que al igual "que el derecho individual termina allí donde comienza el derecho de los demás, la soberanía nacional acaba al borde de las otras soberanías"¹¹. En el segundo punto, parece asimismo evidente -- que ningún Estado puede ejercitar actos de soberanía en territorio de otro¹² y que por ello los órganos de su jurisdicción penal "no pueden ejercitar su función en los lugares sobre los que otro Estado tiene la potestad territorial"¹³.

KELSEN argumenta y resume convincentemente esta prohibición advirtiéndolo "que no es imposible que una norma general o individual del orden jurídico de un Estado,

10 DE MARSICO, A. Diritto penale. Parte generale. Puesto al día por M. Mazzanti. Nápoli, 1969, pág. 45.

11 DIAZ, M.P., cit, pág. 8

12 De este modo se expresan LANDROVE DIAZ, G. Eficacia espacial, cit, pág. 158 o RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Derecho penal, cit, pág. 181

13 Esta es la "única limitación que deriva del Derecho internacional" a juicio de GRISPIGNI. Vid. GRISPIGNI, F. Diritto penale, cit, pág. 374.

prescriba que un acto coactivo se ejecute en el territorio de otro, y que un órgano del primero deba ejecutar tal -- norma. Pero si esa norma fuese creada o ejecutada, la pro- mulgación de la norma y su ejecución, esto es la realiza- ción del acto coactivo dentro del territorio del Estado, serían ilegales". La ilegalidad de estos actos tiene su - origen en "el Derecho internacional", ya que éste "deter- mina y limita entre sí los ámbitos espaciales de validez de los diversos órdenes jurídicos nacionales". Otra cosa distinta es -reconoce- "enlazar sanciones a hechos antiju- rídicos cometidos dentro del territorio de otro Estado"¹⁴.

IV. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Sentado el principio de la autónoma capacidad de los Estados para determinar los límites de su poder punitivo en el espacio, debe tomarse en consideración, sin embargo, como por la vigencia de ciertas reglas del Derecho inter- nacional, aquella competencia posee algunas limitaciones.

Estas son perceptibles, incluso en el ámbito territo- rial de la soberanía del Estado, debido a las obligaciones internacionalmente asumidas; pero es, sin duda, en la a-- tribución de eficacia extraterritorial de ese poder puni- tivo estatal, donde inciden con mayor nitidez las restric

¹⁴ KELSEN, H. Teoría general del Derecho 248.

ciones que impone el Derecho internacional. En efecto, -- ello es innegable, pero debe ser bien entendido. Si bien la limitación a esa capacidad autónoma de regular la eficacia extraterritorial puede venir impuesta por Convenios o Tratados internacionales (así, por lo que respecta, --- v.g. al principio de justicia mundial o cosmopolita), don de se produce la esencial y/o efectiva restricción procedente de reglas del Derecho internacional es en la prohibi ción de realizar actos coactivos en territorios extranjeros, por cuanto ello significa invadir la soberanía ajena¹⁵, con actos o hechos prohibidos, ilegales.

Más difícil resulta de entender la limitación impuesta para el simple establecimiento de las reglas de extensión extraterritorial de cada Estado, sobre todo cuando - éstas operan dentro de los límites enmarcados por los intereses legítimos del propio Estado o en la protección de los intereses de otros Estados, dado que los referidos su puestos no invaden ninguna soberanía ajena, ni violan o - infringen ningún ordenamiento extraño, ni pretenden susti tuir ningún poder punitivo.

15 Un ejemplo de violación del Derecho internacional por realización de actos coactivos en territorio de otro Estado nos lo aporta JESCHECK con su cita del caso EICHMANN y la detención de éste llevada a cabo en Argentina conforme al Derecho penal internacional del país ejecutor, Israel. JESCHECK, H.H. Tratado, cit, pág. 224.

CAPITULO V

TERRITORIO Y SOBERANIA

I. PLANTEAMIENTO PREVIO.

Teniendo en cuenta las reiteradas referencias que venimos haciendo -y las que habremos de efectuar más adelante al tratar del principio de territorialidad- tanto al carácter territorial de la ley penal como a los límites del poder soberano, interesa en este capítulo inicial de "cuestiones generales", examinar la causa o razón que se halla en la base de dichas afirmaciones.

En este contexto, por lo tanto, decidimos la conveniencia de concretar dos conceptos generales, uno de "territorio" y otro de "soberanía", sirviéndonos de los criterios mantenidos por la Ciencia jurídica, y muy especialmente por la Ciencia política. La idea, de gran importancia y utilidad en la materia objeto de nuestro estudio, encuentra, sin embargo, el grave inconveniente de las distintas y hasta dispares concepciones que ambos términos merecen a aquélla. Concluyentes ejemplos son, en lo que respecta al territorio, que éstas afectan a la consideración del carácter o condición que éste presenta para el Estado o para el sistema jurídico -

del Estado, comportando, obviamente, que la naturaleza de la relación entre el Estado y su territorio opere una -también- discutible problemática, por la propia determinación de la susodicha relación. No afectan, por el contrario, las diferentes versiones acerca de ambos aspectos primordiales al contenido atribuido al término territorio porque éste aparece básicamente configurado como espacio en sentido amplio y no como tierra firme -strictu sensu, aunque no comprendiendo ciertas partes o elementos que, en distintos supuestos, quedan sujetos -también a la soberanía y al poder del Estado.

En cuanto a la soberanía -uno de los temas más abstractos y controvertidos con los que se enfrenta la Ciencia jurídica-, nos limitamos a exponer las más relevantes tendencias acerca de su significado con el propósito de apreciar las inestimables argumentaciones utilizadas para caracterizarla.

En cualquier caso, sin desvalorizar la complejidad -de ambos temas, ni minimizar las dificultades que encierran cuestiones como las aludidas, generadoras de las -profundas y encontradas posiciones advertidas en la literatura jurídica, la importancia de este capítulo se -justifica en cuanto se analicen y extraigan interesantes aportaciones para el fin al que se destinan, esto -es, para la mejor comprensión de la relevancia que el -

territorio y la soberanía tienen en el Derecho penal.

Precisamente por ello, paralelamente a las precisiones conceptuales y consideraciones en sentido general - que se hacen, trazamos las correspondientes precisiones y consideraciones de ambos temas desde la perspectiva - de la dogmática penal, posibilitando así una visión global de ambos problemas. Desde luego en la dogmática penal no se plantea ninguna especial problemática en torno a la noción o concepto de territorio y muchos menos sobre la naturaleza de la relación entre el Estado y éste, ni siquiera en cuanto a su contenido, extremo en el que es posible observar un vasto consenso, por cuanto - para el penalista el territorio alcanza una dimensión - estrictamente jurídica en la que se integran todos los espacios y elementos sometidos a la soberanía estatal. Tampoco existe controversia en la delimitación conceptual de la soberanía, adoptada en sentido penal como soberanía territorial.

De todas formas, es útil y conveniente en este trabajo conocer cuáles son los planteamientos argumentales - esgrimidos por la Ciencia jurídicopenal, determinando - con claridad los rasgos distintivos y delimitadores.

Aunque no sea pretensión nuestra participar en la polémica consideración de los temas esbozados, procesos - que deben seguir mereciendo la atención y dedicación de

de la doctrina, a fin de clarificar y acercar las posiciones existentes, sí podemos constatar, a pesar de ello, la serie discrepancia que sigue manifestándose en la -- Ciencia jurídica más actual sobre los mismos.

II. CONCEPTO GENERAL DE TERRITORIO.

Tres grandes posicionamientos cabe destacar en lo que atañe a este punto. La doctrina iuspublicista, en mayoritaria medida, sostiene un concepto de territorio en el que éste aparece configurado como elemento constitutivo de la existencia misma del Estado. Sin embargo, -- frente a esta noción en la que el territorio se constituye como un elemento material del Estado, destaca la -- postura de quienes lo conceptúan exclusivamente por su relevancia jurídica en tanto que ámbito de validez de -- un sistema jurídico. Una tercera posición, ecléctica o mixta, por último, destaca en el concepto de territorio -- ambos aspectos sin considerarlos excluyentes.

A. ELEMENTO O CONDICION ESENCIAL DEL ESTADO.

Aunque sólo en los tiempos modernos, se haya reconocido, según indica JELLINECK "la existencia de un te-

territorio determinado para que pueda tener existencia un Estado"¹, lo cierto es que la determinación del territorio como presupuesto o elemento esencial e indispensable del Estado es una doctrina extendida y defendida, - casi unánimemente, por los tratadistas de la Ciencia Política y de la Teoría del Estado e incluso de los internacionales, ya clásicos, ya contemporáneos.

Todos ellos convienen en reconocer la necesaria acumulación de una serie de elementos constitutivos sin los cuales no puede concebirse un Estado como tal. Aún cuando difieren en el número de estos elementos, ya que ciertos autores, como CARRE DE MALBERG, ROUSSEAU, BISCARETTI o VIRGA requieren "una población, un territorio y una potestad pública o gobierno"², mientras otros como OPPENHEIM establecen cuatro condiciones "debe existir - un pueblo, ...debe existir un territorio... debe existir un gobierno... debe ser un gobierno soberano"³, en

1 JELLINECK, G. Teoría general del Estado. Traducción de la 20ª edición alemana y prólogo de F. de los Ríos. Edit. Albatros, Buenos Aires, 1973, pág. 296.

2 Vid. CARRE DE MALBERG, R. Teoría general del Estado. Versión española de J. Lión Depetre. Fondo de cultura económica. México, 1948, pág. 21; ROUSSEAU, Ch. Derecho internacional público. Traducción de F. Giménez Artigues. 3ª ed. Edit. Ariel, Barcelona, 1966, pág. 84; BISCARETTI DI RUFFIA, P. Derecho constitucional. Traducción, prólogo y notas de P. Lucas Verdú. Edit. Técnos. Madrid, 1965, pág. 99; VIRGA, P. Diritto costituzionale. Nona edizione interamente rivisitata. Giuffrè Editore. Varese, 1979, pág. 36

3 Vid. OPPENHEIM, L. Tratado de Derecho internacional público. 8ª ed. inglesa. Traducción al español por J. López Oliván y J.M. Castor-Rial. Tomo I. Vol. I, Barcelona, 1961, pág. 126

todo caso, vemos, el territorio se incluye, sin excepción, entre esos elementos constitutivos.

El fundamento de esta decisiva importancia del territorio en la constitución de un Estado y lo que lleva a calificar a éste "como corporación territorial" deriva, para el tratadista francés, de su reconocimiento como "condición esencial de toda potestad propia" deviniendo en un elemento "imprescindible", "constitutivo", en definitiva, "un elemento de su ser y no de su haber un elemento, pues, de su misma personalidad y en este sentido aparece como parte integrante de la persona Estado, que sin él no podría ni siquiera concebirse"⁴. Precisamente el territorio permite diferenciar "un Estado de una colonia" a OPPENHEIM ya que "un Estado propiamente dicho existe cuando el pueblo se halla establecido en un territorio bajo su propio gobierno soberano"⁵.

No admite, sin embargo BURDEAU la sinonimia que en este punto puede ofrecer la consideración del territorio como "elemento constitutivo" o como "condición esencial" del Estado, y rechazando que sea "como a veces se cree" lo primero, afirma que "no hay Estado sin territorio" y que éste "es una condición indispensable para que la autoridad pública se ejerza eficazmente". A

4 CARRE DE MALBERG, R. cit, pág. 23.

5 OPPENHEIM, L. cit, II, pág. 127 En el mismo sentido se expresa ROUSSEAU pues "la reunión de los mismos es indispensable para que exista un Estado en el sentido jurídico de la palabra". ROUSSEAU, Ch., cit, pág. 84.

su juicio son varias las funciones que desempeña el territorio "irreemplazables en el ejercicio de la función pública"⁶.

Recientemente la moderna Ciencia política italiana que se ha ocupado del tema, coincide en definir el territorio en estas mismas coordenadas. BISCARETTI establece el paralelismo de estimar que el territorio es para el Estado lo que el cuerpo para la persona humana, - precisando que este tercer elemento constitutivo del Estado "no es sólo un espacio... y no sólo es condición - necesaria, externa, para su existencia, es también elemento que interviene intrínsecamente para constituirlo"⁷. Con la misma comparación identifica MORTATI el territorio, esto es "llegando a asumir una posición análoga a aquella del cuerpo para la persona humana". Su postura se fundamenta en que no sería concebible "un poder auto

6 Vid. BURDEAU, G. Derecho constitucional e instituciones públicas - Traducción de R. Falcón. Editora Nacional. Madrid, 1981. En páginas 31 y 32 las describe citando las siguientes: "1ª Por la determinación de un marco territorial, el Poder sitúa la nación en el plano de las realidades concretas, permite realizar la síntesis de un suelo y de una idea que es la esencia misma de la nación... 2ª Es también una condición de la independencia del Poder.... esta idea se traduce jurídicamente diciendo que el territorio es un ámbito de competencia... 3ª Es también, positivamente, un medio de acción del Estado...".

7 BISCARETTI DI RUFFIA, cit, págs. 99 y ss.

ritario resuelto a garantizar la pacífica coexistencia y la satisfacción de todos los variados intereses de un grupo social sin la disponibilidad y el sometimiento -- asimismo del territorio sobre el cual convive el grupo mismo". Por ello, concibe el territorio como un presupuesto o elemento constitutivo del Estado "en cuanto -- contribuye a hacerlo ser lo que es, a darle una individualidad, junto al pueblo que lo habita..."⁸. Sin llegar a efectuar aquella identificación, VIRGA configura el territorio, junto al pueblo o elemento personal y el gobierno o elemento jurídico-organizativo, como "elemento material del Estado"⁹. Tras reconocer esos tres elementos o factores y catalogarlos de necesarios y esenciales para la existencia misma del Estado, sin cuyo concurso no puede llegarse a "la formación de un nuevo Estado y un Estado cesaría de existir, si uno de tales elementos desapareciera por cualquier causa", lo define no "como simple sede de los órganos estatales, ni como

8 MORTATI, C. *Instituzione di diritto publico*. Tomo I. Nuova edizione. Rielaborata ed aggiornata. Cedam. Padova, 1980, págs. 22 y 110.

9 VIRGA, p., cit, pág. 29. Criterio opuesto a éste es el de BALLADORE-PALLIERI al sostener que tanto el pueblo como el territorio "pueden ser únicamente elementos de la definición conceptual del Estado, no ya del Estado en sí, puesto que éste se decide en un sistema de normas y no tolera por eso elementos constitutivos de índole material". Vid, MORTATI, C., cit, pág. 23.

simple circunscripción delimitante del ámbito de competencia de los órganos, sino como sustrato material, sobre el cual se organiza la comunidad estatal"¹⁰.

B. AMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ.

Discrepando de la doctrina tradicional que distingue aquellos tres elementos citados (territorio, población y gobierno o poder), KELSEN diferencia el Estado de otras personas colectivas "en el orden normativo que constituye a la persona jurídica estatal. El Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional (en oposición al internacional). El Estado es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye"¹¹.

Su tesis de que el territorio no es "en realidad sino el ámbito espacial de validez del orden jurídico - llamado Estado" radica en la constatación de que "la unidad territorial del Estado, es una unidad jurídica, - no geográfica natural". Desde esta posición, el filósofo positivista no duda en afirmar que "el espacio al que se

¹⁰ Vid. VIRGA, P, cit, págs. 29 y ss.

¹¹ KELSEN, H. Teoría general del Derecho y del Estado, cit, pág. 215.

circunscribe la validez del orden jurídico estatal es -
lo que se llama territorio del Estado, bien entendido -
que se trata del espacio de la validez, no del ámbito -
de la eficacia del orden estatal", y que "la identidad
del territorio del Estado no es más que la identidad --
del orden jurídico. Así, pues, toda la doctrina en tor-
no al territorio tiene carácter puramente jurídico, y -
no tiene nada que ver con ninguna especie de conocimien-
to geográfico o naturalista"¹².

Coincide con esta postura NINO, por cuanto parte
de considerar asimismo el concepto de territorio como -
un concepto jurídico que "no se determina por ciertos -
mojones o accidentes geográficos sino por el ámbito en
que es aplicable el sistema jurídico de ese país" y con-
cluye diciendo que "el territorio se identifica por el
sistema jurídico que es aplicable en él. Es decir, tene-
mos que distinguir primero un derecho de otro para po-
der distinguir un territorio estatal de otro"¹³.

En la doctrina italiana, CHIARELLI comparte este -
criterio, ya que aunque resuelve considerar la estabili-
dad territorial de la comunidad condición de hecho para
el nacimiento del Estado, afirma que "la cualificación
de una parte de la superficie terrestre como territorio

12 Vid. KELSEN, H. Teoría general del Estado, cit, págs. 181 y 182.

13 NINO, C.S. Introducción al análisis del Derecho. Editorial Ariel
Derecho. 1ª ed. Según la 2ª ed. publicada en Edit. Astrea. Barce-
lona, 1983, pág. 119.

del Estado... es un efecto de la instauración del ordenamiento jurídico. Tal cualificación implica que sobre aquella parte de la tierra tiene vigencia el ordenamiento del Estado, que condiciona la eficacia de todo otro ordenamiento..."¹⁴.

C. ELEMENTO DEL ESTADO Y FUNDAMENTO ESPACIAL.

Adopta esta tercera vía JELLINECK, para quien el territorio presenta estas dos propiedades. Por un lado, es una parte del Estado, de tal modo "que toda la evolución del Estado y de su actividad, únicamente puede tener lugar dentro de un espacio determinado de territorio... de una extensión determinada, la cual señala el límite en que su soberanía actúa con la nota de exclusivismo que a éste le es propia". Por otro lado es "el fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad sobre todos los hombres que viven en él, ya sean ciudadanos propios o de un país extraño".

Para este autor, el territorio, en su aspecto jurídico significa, por tanto, "el espacio en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, o sea la del poder público. La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera: negativa una,

¹⁴ CHIARELLI, G. Territorio dello Stato. (Diritto costituzionale). En Novissimo digesto italiano. Vol. XIX. Torino, 1973, pág. 197.

en tanto que se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; - positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado"¹⁵.

Una teoría mixta es, también, la que describe CHIARELLI sosteniendo por un lado, que "la estabilidad territorial es condición de hecho para el nacimiento del Estado", y por otro, que "la calificación de una parte de la superficie terrestre como territorio del Estado (del Estado constituido) es un efecto de la instauración en él del ordenamiento jurídico"¹⁶.

III. SIGNIFICACION DEL TERRITORIO EN DERECHO PENAL.

Coinciden los penalistas en reputar que la noción penal de territorio es una noción jurídica y que en ésta se hallan incluidos todos los lugares a los cuales se extiende la soberanía del Estado¹⁷.

Este significado le daba BINDING al afirmar: "el territorio jurídico no es el territorio nacional, sino el

¹⁵ JELLINECK, G., cit, págs. 295 y ss.

¹⁶ CHIARELLI, G., cit, pág. 197.

¹⁷ Así, v.g. MANZINI, V. Trattato, cit, pág. 415, MAGGIORE, G., cit, pág. 162, o ANTOLISEI, F. cit, pág. 95. FIERRO pone de manifiesto que es "prácticamente unánime la opinión doctrinal de que el concepto de territorio es acuñado por el derecho conforme a sus propias exigencias, debiéndose desechar la significación puramente material o geográfica que él pueda tener", Vid. FIERRO, G., cit, pág. 66.

territorio de la soberanía del Estado"¹⁸. De acuerdo con esa tesis, define la doctrina el territorio en sentido jurídico sometido en todo caso a la soberanía del Estado, con expresiones tales como "todo espacio"¹⁹, "toda porción del espacio y conjunto de cosas"²⁰, "aquella porción del globo"²¹, "todos los lugares"²². Nombres, todos ellos, indicadores de un mismo ámbito.

Para QUINTANO el territorio constituye "un elemento natural de sustentación del Estado" que interesa al Derecho penal en cuanto "porción de superficie en la que un sistema juridicopenal determinado tiene validez de exigencia procesal", adquiriendo en dicha disciplina "un sentido en parte más amplio y en parte más restringido que el que corresponde en lo político, como sustratum de soberanía ya que caben en la materia acuerdos o disposiciones que así lo establezcan, sin precisión de coincidir exactamente con sus límites ordinarios"²³.

El concepto penal de territorio así entendido se configura sustancialmente semejante al que maneja el Derecho internacional en virtud de determinadas ficciones jurídicas, pudiendo, por tanto, reconocerse "que no coinci

18 En JIMENEZ DE ASUA, Tratado, cit, II, pág. 771.

19 JIMENEZ DE ASUA, Tratado, cit, II, págs. 771-772.

20 DEL ROSAL, J. Tratado, cit, pág. 374.

21 V.g. ROVIRA CARRERO, P., cit, pág. 128; RODRIGUEZ MOURULLO, G., Derecho penal, cit, pág. 144; CEREZO MIR, J. cit, pág. 193; SAINZ CANTERO, J.A. cit, pág. 174; PESSINA, E. Elementos de Derecho penal. Traducción de H. González. 4ª ed. anotada y adicionada por E. Cuello Calón. Editorial Reus. Madrid, 1936, pág. 227; FIORE, P. cit, pág. 6.

22 CHIARELLI, G. cit, pág. 197

23 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 38.

de, desde luego, con el concepto puramente geográfico -- del mismo". POLAINO razona esta consecuencia, señalando como "la mera demarcación geográfica y topográfica de la noción de territorio se hallaba tradicionalmente, condicionada por el reconocimiento de un presupuesto tópicobélico, que establecía una rudimentaria, aunque efectiva, pauta delimitadora de la facultad vinculante de la fuerza material condicionante de la vigencia del ordenamiento -- del deber ser que es el Derecho penal". Por ello, continúa diciendo, el criterio "normativo reputado comúnmente decisivo del concepto penal de territorio es manifestado por el reconocimiento de la sumisión de todas estas dimensiones espaciales a la plena soberanía del Estado. En efecto, ni la delimitación estratégica ni aún topográfica ni geográfica, en cuanto tales, son relevantes en el marco normativo del Derecho penal, pues la noción jurídico-penal de territorio adopta como singular punto de partida la apreciación de la soberanía estatal. De esta --- suerte, allí donde territorialmente la soberanía del Estado alcance, a efectos de la vigencia y aplicación del ordenamiento punitivo, cabe colegir la existencia de territorio en sentido jurídico-penal"²⁴.

24 POLAINO NAVARRETE, M., cit, págs. 454-455.

IV. NATURALEZA DE LA RELACION ENTRE EL ESTADO Y EL TERRITORIO.

A. DETERMINACION GENERAL.

Las principales teorías que se han formulado para explicar la relación entre el Estado y su territorio, pueden reconducirse a las que a continuación exponemos, siguiendo la clasificación establecida por ROUSSEAU²⁵.

a) Teoría del territorio como elemento constitutivo del Estado.

Esta, considera el territorio como un derecho subjetivo del Estado personificado que forma parte integrante de su naturaleza y se halla afectado de modo exclusivo al ejercicio del poder público. Esta interpretación de gran influencia sobre todo en Francia (HAURIOU, o CARRE DE MALBERG la han mantenido), es aceptada, en Italia, siguiendo la "teoría subjetiva" enunciada por ROMANO en 1902, por al menos una buena parte de los tratadistas políticos.

Así, BISCARETTI defiende aquella tesis "muy discutida, pero que parece aceptable, sobre todo porque subraya una diferencia sustancial, sentida empíricamente por todos" de que el Estado respecto del territorio "ejerce su potestad, respecto de las cosas y de las personas que

25 Vid. ROUSSEAU, Ch., cit, págs. 89 y ss.

allí se encuentran (potestad territorial), basándose en un derecho personal público, muy semejante a los que entran en la categoría iusprivatista de derechos sobre la propia persona (los llamados *iura in se ipsum*) en la medida que a este propósito no se actúa una relación de pertenencia que concierne al Estado en cuanto tiene, sino, más bien, en cuanto es"²⁶.

Otro tanto mantienen MORTATI y VIRGA. Ambos partiendo, al analizar esta relación jurídica, de diferenciar según se tome la referencia en el Derecho internacional o en el Derecho interno. El primero de dichos autores indica que "frente a los demás Estados la doctrina dominante no pone en duda la existencia de un verdadero derecho que se concreta, además de en la facultad de disponer del territorio (*ius utendi et abutendi*), en la pretensión de excluir a cualquier otro sujeto de cualquier ejercicio de poder sobre el mismo (*ius excludendi alios*)"²⁷. Vista esta relación desde el Derecho interno, aparece incluida en

26 BISCARETTI DI RUFFIA, P., cit, págs. 109 y 110.

27 MORTATI, C., cit, págs. 111 a 113. En el mismo sentido se expresa CHIARELLI, indicando que el Estado como sujeto de la comunidad internacional "se presenta como titular de un derecho a la propia soberanía territorial respecto de los otros sujetos del Derecho internacional... Este derecho se resume en la fórmula: derecho (del Estado) a la integridad territorial y a la intagibilidad del territorio", concluyendo en que de dicho derecho deriva la legitimación "a rechazar, con los medios de autotutela admitidos en el Derecho internacional, todo acto de violación del propio territorio y de la propia soberanía territorial, y a adoptar las medidas consideradas oportunas para impedirlos (*ius excludendi alios*). CHIARELLI, G., cit, pág. 198.

la figura general "de los derechos sobre los elementos -- constitutivos de la propia persona"²⁸.

Por su parte, VIRGA sostiene que desde el prisma del Derecho internacional el Estado "aparece titular de - un verdadero y propio derecho subjetivo sobre el territorio, bastante análogo a aquel que compete a la persona física sobre su propio cuerpo. El Estado en efecto goza de una facultad de disposición, en virtud de la cual puede - ceder, arrendar, dar en administración o en prenda parte de su propio territorio, del mismo modo que el particular puede disponer de partes destacadas de su propio cuerpo". Desde aquel prisma, estima preferible para calificar dicha relación la "teoría del derecho sobre la propia persona". Tomada esta relación, sin embargo, desde el Derecho interno, "el territorio delimita únicamente el ámbito de la potestad de imperio del Estado, la cual se ejercita no ya sobre el territorio sino dentro del territorio", adoptando entonces "la teoría espacial"²⁹.

b) Teoría del territorio-objeto.

También denominada teoría objetiva o teoría de - Derecho real de carácter público, hace del territorio ob-

28 MORTATI, C., cit, págs. 111 a 113.

29 VIRGA, P., cit, pág. 51.

jeto mismo del poder estatal, pudiendo advertirse tres --
direcciones:

1. Teoría del derecho real de propiedad.

De acuerdo con la concepción del Estado patri-
monial, considera al territorio un Derecho real de propie-
dad. Mantenido entre otros por DONATI, LAUTERPACHT o TACHI,
determina, según señala el primero, que el derecho del Es-
tado sobre el territorio constituya "un derecho de dominio
en sentido estricto"³⁰, calificándolo incluso de "Derecho
internacional de propiedad"³¹.

OPPENHEIM, adscrito por algunos autores³², a
esta teoría, observa, sin embargo, que en la denominación
del territorio estatal en ese sentido "habrá de tenerse -
en cuenta que la expresión "propiedad territorial" es un -
término de Derecho público y no debe ser confundida con -
la noción de propiedad privada". Para él "el territorio -
del Estado no es propiedad del monarca, ni del gobierno,
ni tampoco de la población que lo habita; es el país mis-
mo el que está sujeto a la soberanía territorial o impe--
rium del Estado"³³.

2. Teoría del derecho real de soberanía.

Esta tesis, defendida entre otros por LABAND,

30 Opinión recogida en MANZINI, V., Trattato, cit, pág. 413.

31 Referencia extraída de BISCARETTI DI RUFFIA, P, cit, pág. 110.

32 Es el caso de ROUSSEAU, Ch., cit, pág. 90 .

33 OPPENHEIM, L., cit, pág. 128.

DIENA, GEMMA, CAVAGLIERI, GERBER, RANELLETTI, y FORTI³⁴, -
sustenta en palabras de BISCARETTI "que el Estado tiene -
sobre el territorio un poder de disposición, en nombre --
del interés público y libre de cualquier contenido econó-
mico; pero este poder no constituiría un derecho indepen-
diente del Estado sino sólo una manifestación específica
de su genérica potestad de imperio"³⁵.

3. Teoría del derecho real institucional.

BURDEAU defiende esta teoría manteniendo que
el derecho sobre el territorio es "un derecho de naturale
za especial, que no es ni la soberanía, pues ésta se ejer
ce sobre los hombres y no sobre las cosas, ni la propie--
dad, cuyo carácter exclusivo se opondría a la apropiación
del suelo por los particulares. Se puede calificar este -
derecho real institucional, entendiendo por tal el que re
cae directamente sobre el suelo nacional y cuyo contenido
viene determinado por lo que exija el servicio de la ins-
titución estatal"³⁶.

c) Teoría del territorio-límite.

Como reacción contra la concepción patrimonialis

34 Estos dos últimos autores son incluidos por MORTATI en este grupo,
dado que mantienen la tesis de la potestad de imperio de la cual el
Estado es titular, esto es, de la potestad territorial. Vid. MORTATI,
C., cit, pág. 110. BISCARETTI, sólo incluye al último. Vid. BISCARETTI
DI RUFFIA, P., cit, pág. 111.

35 Vid. BISCARETTI DI RUFFIA, P., cit, pág. 11.

36 BURDEAU, G., cit, pág. 33.

ta, aparece esta teoría defendida por MICHOU, DUGUIT o CARRE DE MALBERG, en Francia y por JELLINECK y G. MEYER en Alemania³⁷.

Esta corriente impugna que el territorio constituya objeto autónomo de una potestad estatal ya que ésta es ejercitable sólo sobre los individuos que se encuentran en él, y considera que es únicamente el perímetro dentro del cual se ejerce el derecho de mando del Estado. JELLINECK, para quien el territorio constituye "fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad sobre todos los hombres que viven en él ya sean ciudadanos propios o de un país extraño", impugnaba aquella concepción porque "jamás puede el Estado directamente, sino por la mediación de sus súbditos, ejercer dominio sobre el territorio. El dominio directo jurídico sobre una cosa, dominio que se exterioriza por acciones físicas sobre la misma, es lo que constituye la propiedad. El dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del Derecho público dominium sino imperium"³⁸.

Esta teoría del filósofo alemán, que algunos denominan teoría de la cualidad, al constituirse el territorio en simple cualidad del Estado y reflejo de su dominio

37 En la misma línea incluye MORTATI a MICELI. Vid. MORTATI, C., cit., - pág.113 . No es pacífica la adscripción de FRICKER que hace BISCARETTI. Vid. BISCARETTI DI RUFFIA, P., cit, pág. 11 , ya que MORTATI lo incluye entre los partidarios de la teoría de la competencia. Vid, cit, pág. 113 .

38 Vid., JELLINECK, G., cit, págs. 298-299.

sobre las personas³⁹, es seguida por CARRE DE MALBERG al coincidir con aquella corriente doctrinal sustentadora de que la relación jurídica que se establece entre el Estado y su territorio "no consiste en un derecho de dominium sino de imperium". Niega el tratadista francés que el Estado tenga sobre su suelo una propiedad "sino una potestad de dominación a la cual se le da habitualmente, en la terminología francesa, el nombre de soberanía territorial", y rechaza que en modo alguno sea objeto de dominación para el Estado pues "su extensión determina sencillamente el marco dentro del cual puede ejercer la potestad estatal o imperium", afirmando por ello que la territorialidad "no es una parte especial del contenido de la potestad estatal, sino únicamente una condición y una cualidad de esta potestad"⁴⁰.

d) Teoría de la competencia.

Enunciada por RADNITZKY es la teoría seguida por la llamada escuela austriaca (KELSEN, HENRICH, VERDROSS, SCHOEMBORD) y también por BASDEVANT, SCALLE, BOURQUIN, además de ROUSSEAU, el cual no duda en considerarla la más satisfactoria⁴¹. Conceptúa el territorio como una porción

39 Denominación efectuada por BISCARETTI. Vid., BISCARETTI DI RUFFIA, P., cit, pág. 11.

40 Vid., CARRE DE MALBERG., R., cit, pág. 23.

41 Vid., ROUSSEAU, Ch., cit, pág. 91.

de la superficie terrestre en la que se aplica, con efectividad de ejecución, un determinado sistema de normas jurídicas. El territorio no es más que la esfera de competencia espacial del Estado, el marco dentro del cual tiene validez el orden estatal.

KELSEN rechaza tanto la idea tradicional del territorio como objeto de dominio o imperio del Estado, --- cuanto cualquier otra relación entre Estado y territorio, ilustrando perfectamente esta corriente. Manifiesta que debe ser eludido como falso el problema de la relación entre aquellos porque surge "de la idea antropomórfica de que el Estado es una especie de hombre o "super-hombre" y su territorio una especie de cosa de que aquel es dueño" y estima que éste "es solamente el ámbito espacial de validez del orden jurídico nacional" pues no "tiene sentido preguntar si la relación del Estado y su territorio tiene el carácter de un jus in rem o de un jus in personam. La determinación de la esfera de validez del orden jurídico nacional por el orden internacional, es algo enteramente distinto de las estipulaciones del orden jurídico nacional por las que se constituyen un jus in rem o un jus in personam"⁴².

42 KELSEN, H. Teoría general, ob, cit. Pág. 258.

e) Teoría del espacio-vital.

Esta teoría formulada por los juristas nacional-socialistas (v.g. C. SCHMITT, SPANNER o DAITZ) y que ha carecido de fortuna, por razones obvias, califica de espacio vital "aquella extensión espacial que, en todo caso, debía ser accesible a un pueblo determinado para asegurar el mantenimiento y desarrollo de su existencia"⁴³.

B. DETERMINACION JURIDICO-PENAL.

Aun cuando no es común que la dogmática-penal se manifieste respecto a la naturaleza de la relación entre el Estado y el territorio, cabe afirmar que los autores que lo hacen, identifican esta relación como un derecho de soberanía. Así se pronuncian en nuestro país DEL ROSAL negando que pueda hablarse de "un derecho de propiedad"⁴⁴, y poniendo especial énfasis JIMENEZ DE ASUA en remarcarlo como "la potestad de imperio"⁴⁵.

Además de aquellos autores que se limitan a indicar, sin mayores precisiones, la referida relación⁴⁶, otros como BETTIOL, introducen un concepto distorsionador al ha--

43 Vid. ROUSSEAU, Ch., cit, pág. 90

44 DEL ROSAL, J. Tratado, cit, pág. 374.

45 JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, págs. 771-772.

46 V.g. en nuestra doctrina, CEREZO MIR, J., Curso, cit, pág. 193, RODRIGUEZ MOURULLO, G., Derecho penal, cit, pág. 144, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S. Derecho penal, cit, pág. 224, por citar sólo algunos de los trabajos más recientes.

blarnos "de derecho real de soberanía" sin determinar dicha expresión. Por su parte GRISPIGNI, indica que el territorio "puede ser objeto de relaciones diversas", pero identifica éste con el ámbito "de la potestad territorial, el espacio sobre el cual se extiende"⁴⁷.

Coincide con el planteamiento MANZINI denominando - aquella relación soberanía territorial⁴⁸, y JESCHECK explicando como "los límites del territorio suelen coincidir con los principios de soberanía, independencia e igualdad de los Estados soberanos"⁴⁹.

En definitiva, podría afirmarse que la dogmática penal perfila una relación entre el Estado y el territorio, la cual se puede incluir dentro de la teoría general calificada anteriormente como "Teoría del territorio límite", por cuanto se identifica, sin discusión, con la caracterización efectuada por CARRE DE MALBERG, aun cuando opciones como la de BETTIOL pueden llevar a planteamientos como el defendido en su día por LABAND, que hemos denominado "Teoría del derecho real de soberanía".

V. CONTENIDO DEL TERRITORIO.

A. CONTENIDO GENERAL.

La determinación de la concreta configuración del -

47 GRISPIGNI, F., cit, pág.

48 MANZINI, V., Trattato, cit, pág. 414.

49 JESCHECK, H.H., Tratado, cit, pág. 225.

territorio, ya como elemento constitutivo del Estado, ya como ámbito de validez de sus normas o como ambas cosas - al mismo tiempo, es una cuestión a la que se ha prestado - escasa atención por la doctrina iuspublicista y por los - teóricos del Derecho y del Estado. A pesar de la acepta- ción generalizada de un concepto jurídico de territorio, más amplio que el representado por la noción física o geo- gráfica, existen, sin embargo, algunas posiciones excepcio- nales que recurren en su determinación a esta noción res- trictiva, despreciando la toma en consideración de cier- tos elementos constitutivos del territorio en sentido ju- rídico.

Aquello que la teoría tradicional define como terri- torio del Estado o parte de la superficie terrestre ence- rrada en los límites estatales, es para KELSEN, "solamente un plano visible formado por una sección transversal del espacio cónico". En su concepción, éste se configura geo- métricamente, poseyendo tres dimensiones, ya que la efica- cia del poder del Estado "se extiende no sólo en longitud y latitud, sino también en altura y profundidad". Desde - esta argumentación, postula que los territorios "de los - distintos Estados no son partes de la superficie terres- tre, sino cuerpos cónicos cuyos vértices se encuentran en el punto central de la tierra"⁵⁰.

⁵⁰ Vid, KELSEN, H. Teoría general del Derecho y del Estado, cit, pág. - 257 o Teoría general del Estado, cit, pág. 182.

Aceptando expresamente esa conformación geométrica "de forma cónica, con el vértice en el centro de la Tierra y la base a notable altura en el espacio atmosférico (ya que las zonas de la estratósfera, como el alta mar, - parecen inapropiables)" BISCARETTI defiende una noción de territorio compuesto materialmente "por la tierra firme y las aguas (rios, lagos, mares interiores) que caen dentro de los confines estatales, así como por el espacio aéreo que lo cubre y el subsuelo (hasta donde pueda utilizarse concretamente)"⁵¹. Completa esta concreta descripción MORTATI añadiendo el mar territorial o "franja de mar costero" ya que ella "se halla en evidente y necesaria relación de utilizabilidad por parte de quienes habitan el territorio terrestre que da a la costa, y que por otra parte sirve a las exigencias de defensa del Estado", determinando su profundidad con el mismo criterio que en el caso del subsuelo y el espacio aéreo, esto es, hasta donde alcance "la posibilidad del concreto ejercicio de la soberanía sobre el mismo"⁵². VIRGA, además de añadir la plataforma continental, representa la excepción respecto al resto de la doctrina, al abarcar también, explícitamente, en el concepto de territorio "las naves y aeronaves en las que ondea la bandera del Estado (territorio flotante)"⁵³.

51 BISCARETTI DI RUFFIA, P., cit, pág. 108.

52 MORTATI, C. cit, págs. 114-115.

53 VIRGA, P., cit, pág. 52.

B. CONTENIDO JURIDICO-PENAL

La doctrina penal conviene en precisar que el territorio en sentido penal se halla compuesto por el denominado territorio físico o geográfico (también denominado, territorio real⁵⁴, natural o efectivo), comprensivo de todo el espacio o superficie terrestre y por el denominado territorio jurídico (también denominado, ficticio, fingido o flotante⁵⁵), incluidas las aguas interiores, ríos, lagos; espacio marítimo (mar territorial) y aéreo al que alcanza la soberanía del Estado y que sirve para acoger las naves y aeronaves que navegan bajo bandera nacional o portando el pabellón del Estado.

A diferencia, pues, de la doctrina general, en la Ciencia penal, el territorio del Estado aparece sin discusión -- configurado como todo espacio en el que se ejercita eficazmente la ley penal⁵⁶.

VI. CONCEPTO DE SOBERANIA

Aquella definición formulada por BODINO como "summa in cives ac subditos legisbusque soluta potestas" (De repúbli

54 Expresión muy usada en Italia. Véase, v.g. ANTOLISEI, F., cit. pág. 97 o MAGGIORÉ, G., cit. pág. 164.

55 Expresión característica en Francia. Véase, v.g. ROUZAT, P./PINATREL, J. cit. pág. 1629.

56 Las precisiones acerca de los concretos límites del territorio, serán expuestas y comentadas al tratar el principio de territorialidad.

ca, I, 8)⁵⁷, en la que unánimemente se reconoce el origen moderno del concepto de soberanía, ha sufrido a lo largo - de la historia numerosas rectificaciones, precisiones y de limitaciones conceptuales, fruto tanto de los cambios socio políticos, como de las distintas tendencias y corrientes - que han hecho de ella una de sus objetos de estudio.

Superada ya la referida noción, caracterizada "por la supremacía del poder soberano sobre todos los componentes de la comunidad estatal y en la no sujeción de tal poder a las leyes"⁵⁸, hoy puede estimarse con CHIARELLI que en ese término confluyen dos conceptos esenciales, según que el tema se aborde desde el interior del Estado o, por el contrario, desde la posición de éste frente a los demás Estados. Aparece así configurado el concepto de potestad suprema o soberana referido "al poder preeminente sobre cualquier otro poder en el interior de la comunidad estatal" y el concepto de "independencia del Estado en la comunidad interna

57 Vid. Texto del Libro I, capítulo VIII "De la soberanía" en SANCHEZ -- AGESTA, L. Documentos constitucionales y Textos políticos. Editora Nacional. Cultura y Sociedad. Madrid, 1982, págs. 353 y ss.

58 Vid. CHIARELLI, G. *Sovranità*, en *Novissimo Digesto italiano*. Vol XVIII. Torino, 1970, pág. 1043. Conviene recordar con Bertrand de Jouvenel -- aquella idea, superada ya, identificando soberanía y poder total y absoluto en todos los sentidos confluendo con él: "Cuando la noción de un poder que no tiene en absoluto superior se desarrolla lógicamente, en términos abstractos, se llega fatalmente a la noción de un poder sin límites. Ya que si algo fuera capaz de regularlo o detenerlo, este algo le sería superior". Vid. BERTRAND DE JOUVENEL. *La soberanía*. Traducción y prólogo de Leandro Benavides. Biblioteca del pensamiento actual. Ediciones Rialp. Madrid, 1957, pág. 323.

cional"⁵⁹. Este planteamiento diferenciador, en la actualidad muy extendido⁶⁰, con ambos conceptos autónomos, no ha sido siempre tan evidente, e incluso ciertas posiciones doctrinales claramente lo han rechazado.

Históricamente es posible esbozar dos grandes conceptos, identificados con la supremacía del ordenamiento jurídico uno, y con el poder del Estado, el otro, cuyas argumentaciones exponemos, junto a un tercero, menos extendido, identificando soberanía y competencia del Estado.

A. SUPREMACIA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

Tanto para JELLINECK como para KELSEN la soberanía es un concepto formal y diferenciado del poder del Estado, que designa la autonomía y/o supremacía de un ordenamiento jurídico. Desde esta posición, JELLINECK la define como "la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente", mostrando, no obstante, los dos aspectos o direcciones que como concepto jurídico que es tiene para el Estado moderno: "el originario y único que se le reco-

59 CHIARELLI, G., cit, pág. 1044.

60 Con este sentido que expresamos efectúan su planteamiento diferenciador entre otros, CARRE DE MALBERG, R., cit, págs. 81 y ss.; OPPENHEIM, L., cit, pág. 304; MORTATI, C., cit, pág. 99 y VIRGA, P., cit, pág. 31.

noció que significa la imposibilidad de limitar jurídicamente la propia voluntad, mediante un poder extraño, sea o no ese poder el de un Estado", denominado aspecto negativo, y aquel otro que consiste "en la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse, en virtud de su voluntad soberana, un contenido que la obligue, y en la de determinar en todas las direcciones su propio orden jurídico", denominado aspecto positivo⁶¹.

Por su parte, KELSEN ve la soberanía como "un concepto jurídico esencial", y considera que precisamente el -- concepto primario y fundamental de "la soberanía del Estado significa que el orden jurídico estatal es supremo, -- comprendiendo a todos los restantes órdenes como órdenes parciales, determinando el ámbito de validez de todos ellos sin ser a su vez determinado por ningún orden superior: es un orden unitario y único, desde el momento que excluye a los restantes órdenes"⁶².

B. PODER DEL ESTADO.

La soberanía no es definida como un concepto formal ni como la supremacía de un ordenamiento jurídico por DU-

61 Vid. JELLINECK, G., cit, págs. 361 y 372.

62 KELSEN, H. Teoría general del Derecho y del Estado, cit, pág. 142.

GUIT sino como "el dominio ejercido por la clase dominante" (ésta es su definición), de manera que "no es más que un hecho, en modo alguno un principio jurídico"⁶³.

Si bien esta tesis no es acogida íntegramente por otros autores, lo cierto es que la posición más generalizada opta por la definición de la soberanía como poder del Estado, entendido al modo de "poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo dentro de su territorio" por HELLER⁶⁴, o designando algo más que una potestad, esto es "una cualidad, cierta forma de ser, cierto grado de potestad... el carácter supremo de su poder; supremo, en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él, ni en concurrencia con él" según CARRE DE MALBERG⁶⁵.

Comparten la misma definición en la Ciencia jurídica, entre otros, MORTATI, designando con ella "el modo de ser propio del poder estatal"⁶⁶, y OPPENHEIM considerando que "es la autoridad suprema, autoridad independiente -- de otra autoridad terrena cualquiera"⁶⁷; en tanto que BIS

63 Vid. PUENTE EGIDO, J. La teoría pura del Derecho y la Ciencia del Derecho internacional. C.S.I.C. "Instituto Francisco de Vitoria". Madrid, 1962, pág. 63.

64 HELLER, H. Teoría del Estado. Edición y prólogo de G. Niemeyer. Fondo de Cultura Económica. 1ª edición española. 7ª reimpresión. México, 1974, pág. 264.

65 CARRE DE MALBERG, R., cit, pág. 81.

66 MORTATI, C., cit, pág. 59.

67 OPPENHEIM, L, cit, pág. 126.

CARETTI coincide con ROMANO en definir con el término soberanía "la potestad absoluta del gobierno de la misma persona jurídica estatal" identificando por lo tanto soberanía "con máxima potestad de gobierno"⁶⁸.

C. COMPETENCIA DEL ESTADO.

La soberanía estatal se reduce "simplemente a un problema de competencia que los Estados precisamente poseen por la atribución del orden internacional" en KUNZ y VERDROSS⁶⁹. Esta misma posición reconoce ROUSSEAU al no compartir la de quienes emplean la noción de soberanía "como criterio de distinción del Estado". Dicho autor, prescindiendo incluso del uso de dicho término, utilizando en su lugar el de "independencia", pues considera que ésta implica, a la vez "la exclusividad, la autonomía y la plenitud de la competencia". La exclusividad en cuanto que "en --- principio, en un territorio determinado, sólo se ejerce - una competencia estatal", excluyendo "cualquier otra autoridad y monopolizando todos los poderes en el medio jurídico que le ha sido asignado". La autonomía por cuanto pa

68 BISCARETTI DI RUFFIA, P., cit, pág. 120. Muy próxima a ésta se halla la definición de DUPUY designándola "poder, autónomo y superior, reconocido en un marco territorial, a un aparato del Estado, de dar ordenes a una población y de asegurar de su ejecución por la fuerza". Vid. DUPUY-R.J. y otros. La souverainete au XX siècle. Armand Colin 1971.

69 Opinión extraída de PUENTE EGIDO, J., cit, pág. 67.

ra que "su independencia sea efectiva, debe actuar según su propio criterio, sin necesidad de seguir las directrices ni las indicaciones que pretenda imponerle otro Estado". Por último, la plenitud porque "el Estado goza de -- una competencia indeterminada *ratione materiae* o, mejor -- dicho, el Estado es totalmente libre de determinar según su criterio la extensión de su competencia *ratione materiae*"⁷⁰.

VII. SIGNIFICACION ACTUAL DE LA SOBERANIA.

De acuerdo con las aludidas premisas, en la actualidad existe un amplio consenso en torno a la doble significación de la soberanía -entendida siempre como poder del Estado- pudiendo distinguirse así entre: potestad territorial (respecto al interior del Estado) e independencia -- (respecto a los demás Estados).

A. POTESTAD TERRITORIAL.

Esta expresión que traduce la de "soberanía interna", revela, en el fondo, una idea negativa conforme expone CARRE DE MALBERG, la de "la negación de toda traba o subordinación"⁷¹.

70 Vid. ROUSSEAU, Ch., cit, págs. 96 a 98.

71 CARRE DE MALBERG, R., cit, pág. 82.

La manifestación de esa potestad, supremacía o soberanía territorial se constituye en "la independencia interna con respecto a la libertad de acción del Estado en el interior de sus fronteras... entendida -según relata - OPPENHEIM- como poder del Estado para ejercer su autoridad suprema sobre todas las personas y cosas que se encuentran en su territorio"⁷². En la terminología de ROUSSEAU, la denominada competencia territorial, se reduce a dos ideas esenciales: a) ser un poder jurídico, esto es "un conjunto de poderes jurídicos reconocidos al Estado para posibilitarle el ejercicio, en un espacio determinado de las funciones que le son propias; es decir, para que realice actos destinados a producir efectos jurídicos (actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales)", y b) tratarse de una noción funcional "ya que nos aparece como una función positiva cuya razón de ser se halla en el interés general". A juicio del internacionalista francés estas dos ideas representan el aspecto positivo de esta competencia, mientras que el exclusivismo presenta el aspecto negativo, representar "la facultad de excluir en el territorio en que se ejerce, cualquier otra competencia estatal". El mismo, precisamente, señala como "el único -

72 OPPENHEIM, L., cit, pág. 304. Además de este sentido distingue en "la independencia interna" el "imperium, soberanía política", en cuanto "poder del Estado para ejercer su autoridad suprema sobre sus ciudadanos en el interior y en el extranjero". Es la llamada "supremacía personal".

caso en que el exclusivismo de la competencia estatal tiene un carácter absoluto es el relativo al ejercicio de la competencia coactiva"⁷³.

Esta supremacía del poder estatal frente a individuos y comunidades que existan en el interior del Estado, debe diferenciarse de aquella que se denomina "potestad de imperio"⁷⁴. Coinciden a este respecto MORTATI y VIRGA en poner de manifiesto que mientras la soberanía es "el poder que caracteriza al ente soberano" o "el complejo de la potestad que compete a la institución estatal", la llamada potestad de imperio indica un "poder jurídico" o "una posición de dominio no originario sino derivado de un ordenamiento superior y a éste sometida"⁷⁵.

73 Vid. ROUSSEAU, Ch., cit, págs. 225 y 315. De tres diferentes modos se manifiesta en KUNZ y VERDROS: "competencia sobre una determinada área espacial (territorio), competencia sobre unos determinados individuos (competencia personal), competencia sobre unas determinadas materias (dominio reservado)". En PUENTE EGIDO, J., cit, pág. 67.

74 De distinto modo se pronuncia BISCARETTI, diferenciando dos sentidos distintos de la expresión "según sea o no, el Estado persona jurídica", aun cuando ambos se pueden reconducir a "la afirmación categórica que, en cuanto concierne a la posición que recaban del propio ordenamiento, hoy todo Estado es absolutamente independiente". El iuspublicista italiano utiliza la soberanía como equivalente a "originario" cuando se examina el Estado en su aspecto de ordenamiento jurídico territorial, y como "la posición particular de independencia de la persona jurídica estatal frente a las demás personas jurídicas -- que se mueven en su ámbito espacial" si se refiere al Estado como -- persona jurídica". Vid. esta posición en BISCARETTI DI RUFFIA, P., -- cit, pág. 119.

75 Vid. MORTATI, C., cit, pág. 99 y VIRGA, P., cit, pág. 31.

B. INDEPENDENCIA.

Este concepto que como vimos reputa ROUSSEAU "autonomía de la competencia", implica la llamada "soberanía externa", o sea "la exclusión de toda subordinación, de toda dependencia respecto de los Estados extranjeros" si seguimos a CARRE DE MALBERG⁷⁶, o "la independencia exterior de que goza un Estado con respecto a la libertad de acción fuera de sus fronteras en las relaciones con otros Estados" de acuerdo con OPPENHEIM⁷⁷.

El mismo sentido expuesto en ambas referencias mantiene VIRGA⁷⁸, en tanto que MORTATI en esa misma línea, - identifica independencia con autocreación y originariedad, lo que exige por tanto que "el ejercicio del poder por -- parte del Estado se efectúe en el modo que ha sido conferido al mismo Estado la competencia de determinar libremente la propia esfera de acción", o sea, aquella que se ha dado en llamar "la competencia de la competencia" y -- "la autogarantía", términos que significan "la posesión -- por parte del Estado de los medios capaces de asegurarle la disponibilidad efectiva de su esfera de acción, el uso efectivo del poder soberano"⁷⁹.

76 CARRE DE MALBERG, R., cit, págs. 82 y ss. Expresión "soberanía externa" que dice "es, en realidad sinónima de independencia: no tiene sino un alcance completamente negativo".

77 OPPENHEIM, L., cit, pág. 304.

78 Vid. VIRGA, P., cit, pág. 31.

79 MORTATI, C., cit, pág. 99.

VIII. CONCLUSIONES FINALES.

De la exposición de los criterios sustentados doctrinalmente sobre la condición del territorio, se advierten dos posiciones fundamentales de gran interés y tradición ambas, las cuales gozan en la actualidad además del favor de la doctrina. Quienes estiman que el territorio es un elemento o condición indispensable del Estado mismo y lo califican, por ello, de sustrato material de la configuración de este ente social y, quienes consideran que el territorio se identifica por el sistema jurídico que se aplica en él, calificándolo como ámbito espacial de validez de las normas jurídicas de un Estado.

Las dos concepciones, si bien diferentes, interesan al Derecho penal, y ambos planteamientos -que se conjugan en JELLINECK- sirven a los fines de dicha disciplina. El primero, en la medida que determina que el territorio es elemento esencial al Estado para que éste pueda ejercitar su potestad soberana sobre todo lo que en él ocurre, exclusión hecha de cualquier otro poder. No podría existir Estado ni potestad soberana sin territorio. El segundo, por que sin negar la evidencia anterior, define a éste como ámbito o espacio en el que impera un sistema jurídico con exclusión de cualquier otro, y no se puede negar que ello

es así. Pero el fundamento legitimador de ambas concepciones se halla en la potestad soberana, en la soberanía que extiende la aplicación de sus normas sobre ese espacio, sobre esa parte integrante que lo conforma en cuanto Estado. En definitiva, el territorio, entendido de --- cualquier de las dos formas esbozadas se acomoda a las implicaciones derivadas de la intrínseca naturaleza del Derecho penal.

Cabe objetar que en el contenido general que se atribuye al territorio, éste aparezca esencialmente en su sentido físico aunque delimitado geoméricamente (territorio - en sentido estricto, y espacios marítimos y aéreos). Con esta delimitación no se comprende todo el espacio sujeto a la potestad del Estado ni el identificado por el sistema jurídico que en él se aplica. Esta objeción no permite aceptar dicha determinación ya que entonces el Derecho penal no cumpliría la función de extender su eficacia sobre hechos cometidos en espacios como las naves y aeronaves - estatales, esto es, el territorio flotante o móvil del Estado.

Desde las conclusiones sentadas y examinando las teorías sobre la naturaleza de la relación existente entre - el territorio y el Estado, cabe rechazar, sin duda, las - concepciones que definen esa relación como objeto patrimonial o institucional, en último término como Derecho real,

así como la teoría del espacio vital cuyo propósito definitivo es permitir agrandar el territorio a medida que las pretensiones estatales lo demanden. No resultan excluyentes, sin embargo, el resto de las tesis, pero la que mejor se ajusta a las concretas características del Derecho penal es la teoría de la competencia, al sostener que lo esencial es considerar al territorio como espacio de validez del orden jurídico.

Sin necesidad de participar en la discusión acerca del concepto y significados de la soberanía⁸⁰, cabe, sin embargo, estimar que su concepción como poder del Estado, - en sus dos aspectos, como potestad territorial e independencia, cuadran a la perfección al Derecho penal, en tanto en cuanto con ellos se expresa, por una parte el poder supremo del Estado sobre su territorio y por otra, la independencia del poder punitivo estatal frente a los demás Estados⁸¹.

80 Recientemente, HINSLEY manifiesta que el concepto de soberanía "ni en su historia ni como ciencia política puede propiamente usarse para explicar -o justificar siquiera- lo que el Estado o la sociedad política haga o pueda hacer. Se trata de un principio que sostiene -solamente que debe existir una autoridad suprema dentro de la comunidad política, para que la comunidad política pueda existir, o cuando menos para que pueda actuar tal como exigen su carácter y las circunstancias". HINSLEY, F.H. El concepto de soberanía. Barcelona, 1982, -pág.

81 Rechazaba en su día GROIZARD esta diferenciación exclamando: "Apenas hay escritor de Derecho internacional que no se haya creído obligado a darnos una definición de la soberanía, pocos, sin embargo, han dejado de confundirla con la independencia". Pág. 25.

Hablar de una concepción autónoma de la soberanía en lo penal como hace DEAN, reparando en su naturaleza y con un contenido idéntico al de la noción internacional aunque "en todo y por todo, distinta de la de Derecho internacional" puede, sin duda hacerse, pero teniendo en cuenta los límites dentro de los cuales se desenvuelve normalmente la potestad territorial en lo penal. Y ésta coincide con la noción internacionalista, y de ello se percata el propio autor⁸². Ciertamente, la noción penal de soberanía no comporta que todos los lugares en los cuales pueda ejercerse el poder coactivo, el ius puniendi estatal, son, necesariamente, territorio propio. En este sentido, tiene razón DEAN cuando señala que dicha noción es abstracta y unitaria, queriendo significar con ello que el ejercicio efectivo de actos de imperio por un Estado sobre determinados lugares "no constituye condición necesaria y suficiente" para reconocer que los mismos son territorio del Estado ni para reconocer que están sujetos a la soberanía del Estado (v.g. territorios sometidos a capitulaciones, u ocupados militarmente)⁸³. Sin embargo, hay que constatar cómo en los tiempos modernos, la potestad penal soberana se manifiesta dentro de los límites territoriales, -

82 Vid. DEAN, F. Norma penale, cit, págs. 202 y ss.

83 Vid. DEAN, F. Norma penale, cit, págs. 206 y ss.

excepción hecha de supuestos muy específicos, y no más --
allá de esos límites que coinciden con el territorio de -
soberanía del Estado.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SEGUNDA PARTE

LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

SECCION PRIMERA

PRINCIPIOS O CRITERIOS RECTORES

CAPITULO I

TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

No puede iniciarse esta segunda parte sin tomar en consideración antes del análisis y comentario de los principios o criterios rectores que determinan en el derecho actual el ámbito de validez y eficacia de la ley penal, una idea, una pretensión quimérica y sumamente ambiciosa -no realizada positivamente nunca- paradigma de la realización de la justicia punitiva, que ha tenido y sigue teniendo algunos fervientes partidarios. Nos referimos claro está a la vexata quaestio de la extraterritorialidad absoluta o universal de la ley penal.

La evolución histórica del Derecho penal en este punto y la realidad del Derecho positivo actual, no dejan lugar a dudas de que la pretendida extraterritorialidad absoluta del ius puniendi ha sido en todo tiempo y lugar, -prescindiendo de algunos sistemas muy antiguos y superados- una quimera. Sin embargo, no sólo no está de más tenerla aquí en cuenta y con ello plantearse las peculiaridades de un tal criterio -opuesto al de la territorialidad-, sino que a mi modo de ver es conveniente hacerlo examinando, de pa

so, las connotaciones que presenta con ciertos planteamientos recientes, definidos por su común intento de superar - la tradicional concepción de la ley penal como ley territorial.

II. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD Y SUS EXCEPCIONES.

Hemos venido indicando con reiteración el carácter territorial de la ley penal, afirmando que ésta, como norma emanada del Estado, extiende su aplicación, en principio y de modo básico y fundamental, sobre todos los lugares sujetos a la soberanía de aquél.

De aquellas indicaciones y aseveraciones, se extrae como lógica consecuencia que el criterio o principio axial de la aplicación espacial de la ley penal es el territorial, de tal modo que todos los hechos delictivos cometidos en el interior del mismo quedan bajo su égida, -salvo ciertas excepciones que hacen retroceder la aplicación territorial de la ley penal constituyéndo una cesura de su pretendido carácter absoluto-. Pero, si bien ello es incuestionable, no debe sin embargo conducir a equívocos y comportar el entendimiento o comprensión de esta territorialidad penal -prácticamente absoluta-, como la única posibilidad de sustanciar la efectiva aplicación de la ley penal estatal.

De cuanto se ha expuesto en la primera parte de este tr
bajo han de extraerse en este contexto dos importantes con
clusiones: a) que la ley penal es territorial, entendiendo
con ello, que su ámbito fundamental de aplicación se en---
cuentra en el territorio al que alcanza la soberanía del -
Estado del cual emana, y que sensu contrario, sobre los he
chos ocurridos en el interior del territorio no es aplica-
ble ninguna otra ley penal, y b) que la ley penal tiene --
también eficacia extraterritorial, aun cuando con carácter
excepcional.

En cuanto a la eficacia extraterritorial, debemos ahora
hacer dos precisiones, una respecto de los criterios o prin
cipios que permiten extender su operatividad a hechos ocu-
rridos en el extranjero; otra, respecto a la verdadera po-
sibilidad de una tal extraterritorialidad. Es prius común
en el Derecho comparado, la extensión de la soberana compe
tencia legislativa de cada Estado sobre hechos cometidos -
en el extranjero y la aplicación a los mismos de la ley es
tatal. De esta suerte se evidencia, sencilla pero contun--
dentemente, la imposibilidad de conceptuar la ley penal ú-
nicamente como territorial. Es, asimismo prius común que -
la referida eficacia ultraterritorial se ejercite partien-
do de ciertos ejes o guías, configuradores de aspectos re-
levantes de ligazón del hecho punible con la ley penal es
tatal. Esta última afirmación permite rechazar la potencial

pretensión de someter de una forma indiscriminada o arbitraria a su poder cualquier hecho, actitud que siquiera sea formalmente se opone a las reglas convencionales del Derecho internacional.

La extraterritorialidad penal se configura de acuerdo con los intereses a proteger mediante las normas estatales. En efecto, la protección de los nacionales, agentes (o víctimas) de un delito en el extranjero aparece como factor esencial de unión del hecho con la ley penal, -con una larga -- tradición en la que llegó, incluso, a sustituir, singularmente, la preeminencia del criterio territorial-; como, de igual modo, la protección de específicos y valiosos intereses del Estado como persona jurídica, y la tutela de valores fundamentales de la comunidad internacional, acordados mediante Convenios o Tratados internacionales. En base a esos ejes o guías centrales cuyas denominaciones diversas, aunque sinónimas, conocemos como principios de PERSONALIDAD, REAL O DE PROTECCION DE INTERESES NACIONALES y de JUSTICIA MUNDIAL O UNIVERSAL, se acota básica y comúnmente la excepción a la eficacia territorial de la ley penal. Junta a ellos, - aparece una especie de criterio residual, el de la JUSTICIA SUPLENTE O SUPLETORIA, cuya conexión con la estatalidad penal radica en el interés del Estado en la persecución de una infracción delictiva que, por razones de facto o jurídicas, no queda sujeta a otra ley penal, ni a ésta en virtud de --

otros criterios, evitando así el riesgo de su escandalosa -impunidad.

Con independencia de las apreciaciones y observaciones a efectuar en su momento, ya acerca de todos y cada uno de -- los criterios incardinados en el esquema de aplicación de - la ley penal, ya en cuanto afecta a su concreta regulación legislativa en el Derecho español, -con las oportunas referencias al Derecho comparado-, (temas, ambos, de ésta y de la tercera parte de la exposición); es oportuno traer a colación cómo, sin embargo, la verdadera posibilidad de actuar la extraterritorialidad penal deviene, aunque ello sea un -contrasentido, exclusivamente territorial. Explicamos por - qué decimos ésto. La vigencia de impedimentos legales impiden ejercer efectiva o positivamente el ius puniendi es total más allá de ciertos límites territoriales. O lo que - es igual, rige la interdicción de realizar actos coactivos en territorio extranjero, aun cuando el ordenamiento jurídico nacional no sólo no se oponga a ello sino que expresa--- mente lo prevea. Pues bien, de conformidad con esta compreensible prohibición -erigida en virtud del más absoluto respecto a la soberanía extranjera-, la consecuencia lógica que - se obtiene, evidencia la necesidad de ejercer la meritada eficacia extraterritorial desde el propio marco territorial. Dicho de otro modo, la efectividad de la previsión contenida en la norma con vocación extraterritorial sólo se produce, necesaria e inevitablemente, en todo caso, en aquellos

acotados márgenes en los que el Estado es soberano.

Y eso por cuanto la legítima pretensión estatal de someter a sus leyes, ciertos hechos delictivos ocurridos en el extranjero -admitida, sin reservas-, no conlleva el practicar allí los actos propios de la justicia penal sobre el caso, dado que éstos sólo pueden practicarse en el propio territorio -prohibición de ejercicio del ius puniendi en territorio extranjero-.

III. LA TEORIA DE LA EXTRATERRITORIALIDAD ABSOLUTA.

A. NOCIONES PREVIAS.

La idea de otorgar al Derecho penal nacional y a los órganos judiciales nacionales una vocación universalista, -pretendiendo su aplicación con independencia del lugar de comisión del delito y de la índole o naturaleza misma de éste, ha sido defendida por ilustres científicos del Derecho penal -de muy diferentes y encontradas escuelas y tendencias-, con argumentos parcialmente coincidentes y desde luego conviniendo todas sus diferentes manifestaciones en el mismo objetivo y finalidad: evitar la impunidad delictiva. El razonamiento es muy sencillo. Partiendo de un silogismo en el cual la primera premisa puede estar constituida por -el hecho de que un delito, una infracción (grave generalmente) ha de ser castigada con independencia del lugar de -

comisión porque lo reprueba la conciencia humana, o porque pone en peligro la seguridad de los pueblos; en tanto que - la segunda premisa consiste en la evidencia de que ciertos delitos no son castigados y el sujeto pasea su impunidad -- por Estados diferentes al de la perpetración del hecho o al de su nacionalidad, se concluye afirmando que para evitar - dicha impunidad y acallar la intolerable ofensa a la con--- ciencia humana y/o para garantizar la tranquilidad de los - pueblos, debe adoptarse una legislación proyectada extrate- rritorialmente, concediendo la competencia al iudex depre-- hensionis.

Frente a una territorialidad penal prácticamente abso- luta concebida junto a unos criterios de extraterritoriali- dad que no satisfacen las exigencias de la represión de la delincuencia por cuanto ésta sortea su persecución aprove-- chándose de los trazados geográficos que separan un Estado de otro, una legislación penal de otra; la extraterritoria- lidad absoluta se plantea la posibilidad de satisfacer la - represión criminal haciendo caso omiso de condicionamientos de cualquier índole, con la vocación universal de impedir - a toda costa la impunidad¹.

1 Define ZICCARDI como universal aquella concepción del Derecho penal que establece como criterio de determinación de la esfera global de los hechos penalmente relevantes un criterio de naturaleza absolutamente uni- versal, excluyendo el criterio de pertenencia de los hechos a un Estado, un territorio, un ambiente determinado. Vid. ZICCARDI, P. *Intorno ai li- miti della legge e della giurisdizione penale italiana*, en *Rivista ita- liana di Diritto penale*, 1950, pág. 468.

B. ASPECTOS GENERALES DE LA EXTRATERRITORIALIDAD ABSOLUTA.

Aun cuando sea de una manera sucinta, parece apropiado hacer referencia a la génesis histórica de este sistema de castigar en su doble vertiente, legislativa y doctrinal, tomando en cuenta los fundamentos y justificaciones argüidos en su defensa, en tanto que paso previa a la exposición de las tesis refutadoras y los comentarios críticos que nos merece dicho principio.

a) Génesis histórica.

Es corriente reconocer el sistema extraterritorial absoluto en algunas antiguas leyes griegas o hebraicas, y en el Derecho justiniano, para en una época más cercana apreciar su revitalización en la doctrina de los juristas italianos de los siglos XII a XIV (estatutarios)². Más aún, tal vez la expresión más genuina de este "principio universal imperialista" según lo califica QUINTANO RIPOLLES, se halle plasmada en "lo procesal en la fórmula justiniana del iudex deprehensionis que hacía valer la voluntad suprema -- del Derecho romano, ratio scripta, en los confines del universo", aunque como el propio tratadista español subraya --

² Así, por ejemplo, LOMBOIS advierte de su admisión "en ciertos sistemas de la antigüedad (leyes griegas y hebraica) o de la Edad Media (doctrina italiana de los estatutos)". Ob. cit. pág. 292.

"parecida vocación universalista unilateral se halla en la legislación del pueblo hebreo y en la cristiana medieval dirigidas en principio al orbe, aunque prácticamente circunscritas en lo obligatorio real a la comunidad confesional -- respectiva"³.

Sin embargo, como ponen de manifiesto otros autores, en realidad en la Grecia antigua no aparece tanto un sistema de extraterritorialidad absoluta cuanto un sistema de personalidad o competencia personal para perseguir, en base a la venganza privada o colectiva, y con independencia del lugar de comisión del delito, la ofensa causada a un miembro del grupo social; y en el Derecho romano lo que se acoge es más bien la complementariedad de la fórmula territorial y de la competencia personal⁴. Por lo que respecta a la doctrina de los postglosadores y en concreto a las aportaciones de BARTOLO, su posición adquiere una configuración especial al -- pretender otorgar competencia, cualquiera que sea el lugar de la infracción, al iudex deprehensionis, pero con la obligación de aplicar, necesariamente, la lex loci commissi delicti⁵.

3 QUINTANO RIPOLLES, A. Ob. cit. Tomo II. Pág. 17.

4 Vid. exposición sobre el tema y bibliografía citada al respecto en TEZCAN, D. Ob. Cit. Págs. 66 y ss.

5 TEZCAN, D. Ob. Cit. Págs. 72 y ss.

En cualquier caso, más generalizado ha sido remon-
tarse a un pasaje bíblico y descubrir los orígenes del pri-
mer caso de extraterritorialidad penal universal en el fra-
tricidio de Caín y en la cita a este propósito del Génesis
"Omnis igitur qui invenerit occidet me" (IV, 13,14), alaba-
da por GROIZARD ya que "de este modo grandioso, brillando -
con un carácter universal, alcanzando al criminal en todas
partes, aparece en la Biblia la pena"⁶.

En la doctrina no es posible olvidar algunos fervien-
tes defensores del sistema de la competencia universal o --
del iudex deprehensionis, como GONZALO DE VILLADIEGO, ALFON-
SO DE CASTRO, BALDO, CLARO, FARINACIO y COVARRUBIAS⁷. Preci-
samente DIEGO DE COVARRUBIAS es considerado por algunos co-
mo el primer partidario de ésta, al atribuir competencias -
al iudex deprehensionis "en referencia a todas las infraccio-
nes delictivas graves"⁸, aunque otros estiman, por el con-
trario, a GIULIO CLARO el primer defensor de esta doctrina⁹.
En este sentido, cuestiona FIERRO la primacía atribuida al
jurista español, al considerar "que los primeros anteceden-

6 GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. Ob. Cit. Pág. 17. Sin duda, además del comentarista español, debe citarse a GARRAUD como el gran defensor de este pretendido origen bíblico. Vid entre otros QUINTANO RIPOLLES, A. Tomo II. Pág. 17.

7 Vid. acerca de estos autores las innumerables referencias contenidas en el libro de TOMÁS Y VALIENTE, F. El Derecho penal de la Monarquía absoluta. (Siglos XVI- XVII y XVIII). Editorial Tecnos. Madrid, 1969.

8 Posición de DONNEDIEU DE VABRES y JIMENEZ DE ASUA. Vid. éste último, Ob. Cit. Tomo II, pág. 729, añadiendo a los autores ya citados, el nombre de SUAREZ.

9 De esta idea es CARRARA. Opúsculos. Vol. II Prato, 1885. Traducido por - J.J. ORTEGA y J. GUERRERO. Editorial Temis, Bogotá, 1976, pág. 317.

tes de este principio se remontan al siglo pasado, en donde además de los enfoques doctrinales comienzan a elaborarse - las primeras convenciones internacionales tendentes a la efectiva represión de los delitos contra la humanidad"¹⁰.

Sea cual fuere en definitiva el primero en sostener este sistema, lo cierto es que el sueño de FARINACIO "cuando irguiendo su cabeza de visionario descubría en lontananza al homicida, huyendo impotente por la tierra, sin encontrar lugar seguro de refugio inmune de la pena y perseguido con sana por la justicia de los hombres en nombre de la ley de -- Dios"¹¹, tuvo el apoyo de otros autores de distintas tendencias y encontró finalmente en GROCIO a su gran impulsor, en los comienzos del Derecho internacional, con su célebre axioma "aut dedere aut punire", de tan innegable fortuna¹².

10 FIERRO, G., cit. pág. 163. Evidentemente este parecer prescinde por completo de las primeras manifestaciones en pro de una tal doctrina al margen de la concreta positivización de normas internacionales, que efectivamente se produce siglos después de las formulaciones de los juristas medievales referidos.

11 Cita de M.P. DIAZ, Ob. Cit. Pág. 12.

12 Postularon también distintos matices el principio de la universalidad - del derecho de castigar, GEYER, HOELSCHENER, MOHL, LAMMASCH, HAMBURGER, HEINZE, VON LILIENTHAL, ROTTEZK, LEUTNER, VON BAR, VON MASHTZ, BORNARD, CARRARA, FERRI, FLORIAN, MATTEI, VITTEL, BONJEAN, V.V. PELLA, TOLOMEI, PINHEIRO FERREIRA y en nuestro país GROIZARD. Vid. referencias en JIMENEZ DE ASUA, Tomo II, Ob. Cit. Pág. 758; ROVIRA CARRERO, P.I. Ob. Cit. Pág. 180; PUIG PEÑA, F. Ob. Cit. Pág. 144; M.P. DIAZ, Ob. Cit. Pág. 13; CARRARA, I. Opúsculos. Ob. Cit. Pág. 317 o FIORE, P. Ob. Cit. Pág. 33. Coinciden con las ventajas del sistema citado, pero sólo abogan por su aplicación cuando exista una Comunidad internacional auténtica, BOUZAT, P./PINATEL, J. Ob. Cit. Pág. 1628, y QUINTANO RIPOLLES, A. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 17.

b) Fundamento.

Sin necesidad de realizar un excursio por las diversas formulaciones legitimadoras del sistema universal de punir, acotamos las razones fundamentadoras del mismo a las teorías de tres de sus más caracterizados representantes, en la medida en que de ellas se obtienen justificaciones esencialmente significativas de su distinta concepción.

1. La idea de CARRARA.

El gran jurista italiano, profundo convencido de la necesidad de este principio y fiel a su pensamiento, fundamenta este sistema en el Derecho natural, en la ley eterna de la armonía universal. Esta jurisdicción universal es justificada por CARRARA señalando: "Si se hace remontar el derecho represivo a un principio universal y absoluto -- preexistente en la ley eterna del orden a toda decisión humana, entonces el Derecho penal destinado por la inteligencia suprema a la salvaguardia del derecho es una necesidad humanitaria. También cuando se trata de verdaderos delitos, es decir, de violaciones de derechos entregados al hombre por la ley natural, no puede decirse que no exista ley cuya sanción pueda perseguirse"¹³.

¹³ CARRARA, F. Programma par 1057, citado por ZICCARDI, P. Cit. págs. 468-469.

Al carecer de sentido, de acuerdo con su conocida tesis según la cual "la soberanía del derecho es superior a toda la soberanía de la tierra" el que la ley humana devenga incumplida por una colisión o conflicto jurisdiccional entre sus ejecutores, defiende coherentemente que una acción, "cuando es reconocida como delito por la conciencia acorde de dos pueblos, debe castigarse por ambos, sin atender a que haya sido cometida en uno u otro territorio"¹⁴.

Consciente sin embargo de la imposibilidad histórica de haber llevado a cabo antes tan ambiciosa idea, CARRARA, junto a su empeño en conseguir que su patria, Italia, sea "la decidida iniciadora" de esta práctica universal, y junto a su evidente convicción de la imposibilidad de seguir tranquilos "contemplando el funesto ejemplo de la impunidad" deparada en muchos delitos, considera preparado el sistema, pues si bien, "no pudo salir del anhelo de los filósofos --- mientras la atrasada cultura de los pueblos mantuvo a las naciones en continuas sospechas mutuas, ya es tiempo de que tan noble aspiración adquiera vida práctica"¹⁵.

2. La idea de FERRI.

El fundamento de este principio universal de cas

14 CARRARA, F. Opúsculos, cit. pág. 310.

15 Ob. Cit. Opúsculos. Pág. 317.

tigar se halla para FERRI en la necesidad de la defensa del Estado frente a la delincuencia internacional, y muy especialmente frente a los delitos naturales más graves. El impulsor del positivismo criminológico estima, en efecto, que al igual que "la delincuencia adquiere carácter internacional y se organiza internacionalmente cada vez en mayor escala, es indudable que acabará por imponerse también la necesidad de una defensa penal común entre los Estados de civilización análoga". Entonces, a su juicio, el principio de la extraterritorialidad absoluta de las leyes penales "acabará por encontrar su aplicación, comenzando como piensa -- D'Amelio, por regular los conflictos de competencia y proveyendo a la represión de los delitos naturales más graves y frecuentes, comunes a todos los países de civilización análoga, y dejando a cada Derecho penal nacional la represión de los delitos de índole política y de las contravenciones".¹⁶

3. La idea de GROIZARD.

Para el comentarista español no hay un fundamento único sino varios. Desde la justificación de considerar "más lógico y no menos práctico aspirar a la aplicación universal de las leyes penales", teniendo en cuenta "el fin de

¹⁶ FERRI, E. Principios. Cit. Pág. 153.

la pena", pasando por "el interés de las naciones" o aludiendo a "la solidaridad humana", hasta llegar a defenderlo "en nombre de los principios absolutos e inmutables de la justicia"¹⁷.

Encendido partidario de la consagración legislativa de esta teoría del *iudex deprehensionis*, su pensamiento resulta elocuente al expresar la necesidad, en todo caso, de la pena: "El crimen -dice- llama en absoluto a la pena. En todas las zonas de la tierra el reo oye el grito de su conciencia que le dice que merece castigo. La reprobación de las gentes le sigue y le alcanza allí donde su delito es conocido. Si en España delinquiró y en ella permanece, es acreedor a una pena y es fácil imponérsela. Si huyendo de la justicia patria salva la frontera, su castigo es más difícil, pero no por eso deja de ser menos merecido. Si abandona el continente y cruza los mares en busca del más apartado rincón del mundo donde esconderse, allí va con él su responsabilidad y allí debe alcanzarle la pena de su delito"¹⁸.

Coincidiendo con las tesis *iusnaturalistas* de la Escuela Clásica, argumenta en favor de la extraterritorialidad penal el hecho de que el delito por su carácter de infracción de la ley natural no ofende sólo derechos individuales, sino sociales y humanitarios, que no pueden en ningún caso quedar impunes. Para GROIZARD "la índole natural -

17 GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. Ob. Cit., en concreto, págs. 10,48,62, 63 y 89.

18 GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. Ob. Cit. Págs. 89-90.

del derecho que protege, que no es un derecho nacional, sino un derecho social, la lesión inferida a su propio derecho social por el crimen, que no produce un daño inmediato contra un individuo por ser ciudadano de un Estado, sino -- por ser miembro de la humanidad, ni un daño inmediato por la alarma y el temor de verse objeto de semejantes agresiones sólo los naturales del país donde el hecho se realiza, sino todos los que tienen noticia del atentado, cualesquiera que sea su nacionalidad, patentizan que la sociedad ofendida tiene derecho de fulminar contra el delincuente una pena y de hacer que sea efectiva en cualquier punto de la tierra, si encuentra un Estado que para ello tenga potestad -- propia o que, sin tenerla propia, la acepte delegada"¹⁹.

Pero, a pesar de todo eso, también el autor español considera "preferente" el derecho del Estado a regular y castigar los delitos cometidos en su territorio, e inclu-

19 GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. Ob. Cit. Pág. 90. En parecidos términos fundamenta esta teoría M.P. DIAZ concibiendo el delito "como una violación de los principios de justicia absoluta, como una ofensa a los derechos de la humanidad o un ataque a las leyes morales". Ello le permite concluir "que hay un derecho penal universal, que todos los jueces son buenos y todos los Tribunales competentes para castigar a quienes delinquen; que cada Estado tiene el derecho de aprehender, procesar y penar al culpable por la sola circunstancia de encontrarlo sobre su territorio y haber ofendido las leyes de la justicia humana". Ob. Cit. -- Pág. 13. También FIORE encuentra la base de esta teoría en la consideración del delito "como una violación de los principios de justicia absoluta o una ofensa a los derechos de la humanidad, inspirada en sentimientos generosos y humanitarios". Ob. Cit. Págs. 33-34.

so rechaza que los Estados tengan la "obligación inexcusable" de aplicar en sus dominios todas las leyes penales extranjeras, por cuanto "respeta" aquel derecho y reconoce -- "esta imposibilidad legal". Como él mismo indica "aspira sólo a que no se haga depender en absoluto la aplicación o no aplicación de una ley del mero hecho de no haberse perpetrado el delito en el país donde esa ley ha sido dictada, pero desde el momento en que no se parta de ese supuesto, sino -- que se haga consistir la resolución de la cuestión de las -- condiciones del procedimiento, no puede negarse el derecho a las Naciones de dar a sus leyes aplicación extraterritorial en los casos en que para ello no encuentren estorbos -- procesales o tengan medios de remover o vencer los que les salgan al paso"²⁰.

C. POSTURA CRITICA.

Dos razones fundamentales ha utilizado históricamente la doctrina científica para refutar la implantación de la teoría de la universalidad del ius puniendi estatal. Ambas aparecen expresadas certeramente por JIMENEZ DE ASUA²¹. Por

20 GROIZARD Y GOMEZ DE SERNA, A. Ob. Cit. Págs. 92-93.

21 JIMENEZ DE ASUA, L. Ob. Cit., II, pág. 759.

una parte, la ausencia de una legislación penal común a los Estados; por otra parte, la desigualdad que se advierte en las legislaciones penales nacionales, fruto del distinto -- grado de civilización, pero también debido a las diferentes concepciones políticas, sociales, económicas y hasta morales y religiosas²².

Pero ya siglos antes de formalizar tan agudamente las razones apuntadas, había escrito BECCARIA, disintiendo cautelosamente de aquella doctrina, estas atractivas y actuales palabras: "Pero sobre si es útil el entregarse recíproca--- mente los reos entre las naciones, no me atreveré a pronunciarse hasta que siendo las leyes más conformes a las necesidades de la humanidad, siendo las penas más suaves y ex-- tinguída la dependencia del arbitrio y de la opinión, se ha ga segura la inocencia oprimida y la detestada virtud; has- ta que la tiranía no quede del todo confinada en las vastas llanuras de Asia por la razón universal, que cada vez más - une los intereses del trono y los de los súbditos; aunque - el convencimiento de no encontrar un palmo de tierra en don de se perdonaran los verdaderos delitos, sería un modo efi-

22 De acuerdo con la idea expresada por JIMENEZ DE ASUA, Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S. Derecho penal, cit. pág. 196; BUSTOS RAMIREZ, J., cit, pág. 106 y LANDROVE DIAZ, G. Introducción, cit, pág. 934; RODRIGUEZ DEVESA, J.M., cit. pág. 218; MERLE, R./VITU, A. Ob. Cit. 350 y PRADEL, J. cit. pág. 183.

cacísimo para prevenirlos"²³.

Junto a ellas, una tercera causa se esgrime en su contra, la de que "entonces el poder punitivo de los Estados - sería ilimitado". En base a este aserto de JESCHECK²⁴, califica el sistema MANTOVANI como "insostenible" teniendo en cuenta que la actual comunidad internacional se halla conformada "sobre la pluralidad y coexistencia de los Estados soberanos"²⁵.

Por todo ello, pueden considerarse vigentes las palabras de VON LISZT cuando refiriéndose a este principio lo tildaba de "científicamente insostenible y prácticamente --

23 BECCARIA. De los delitos y de las penas. Introducción, notas y traducción de F. TOMAS y VALIENTE. Biblioteca Aguilar. Madrid, 1979, págs. 135-136. Compartiéndolas expresa ROVIRA la conformidad de su finalidad con "las exigencias científicas y con el ideal de la Humanidad", aunque "sus mismos defensores no dejan de reconocer que, por el momento, carece de base real, ya que ni todos los pueblos del mundo forman en la actualidad una verdadera comunidad internacional, desde el punto de vista de su respectiva civilización y progreso, ni aún, en las mismas naciones civilizadas es idéntica la legislación criminal, pudiendo suceder que lo que es contrario a las leyes de un país no sea necesariamente ilegal en todos los demás Estados: ROVIRA CARREIRO, P.I., cit, II, págs. 180-181. Con parecidas reflexiones, Vid. SANCHEZ TEJERINA, I., cit, pág. 140. CUELLO-CALON, E., cit, pág. 245. DE MIGUEL, PEREZ, I. Derecho penal, Principios generales. 2ª ed. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1981, pág. 175. DIAZ, M.P., cit, pág. 12 y FIERRO, G., cit, pág. 162.

24 JESCHECK, H.H. Ob. Cit. Pág. 229.

25 MANTOVANI, F. Ob. Cit. Pág. 819. Con similares expresiones también Vid. PUIG PEÑA, F. Ob, cit, pág. 144; DEL ROSAL, J. Tratado, cit, pág. 374 o SAGONE, Ob, cit, pág. 364.

irrealizable "²⁶ al presentar una imposibilidad práctica de ejecución más allá de esa realidad positiva de la "competencia universal" entendida como criterio complementario del - de territorialidad, prevista para ciertos delitos que ofenden o lesionan intereses considerados "universales" y que - por emanar de Convenios o Tratados internacionales posibilitan el ejercicio de la competencia del iudex deprehensionis y la aplicación de su ley nacional. En definitiva, para que el principio universal prospere en toda su pureza, es menester -conforme expresaba QUINTANO- una clara coincidencia de la solidaridad comunitaria y humana, que presupone de otra parte, además de un propósito de colaboración solidaria internacional, una uniformidad de derecho sustantivo sin la - cual aquel sistema carecería generalmente de razón de ser y, sobre todo, la cohesión jurídica, moral y cultural del mundo²⁷.

26 VON LISZT, F. Ob. citada, pág. 107. Añadía el penalista alemán en contra de este criterio: "Esta doctrina pasa por alto la profunda diferencia de las disposiciones penales, aun entre países vecinos; no toma en consideración las dificultades del procedimiento penal, que carece de - la posibilidad de poder practicar inmediatamente la prueba; y, a pesar de todo, no concede al orden jurídico nacional otra protección esencialmente más enérgica que la que se obtiene por la expulsión del extranjero sospechoso o convicto" (115).

27 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, págs. 96-99.

IV. CONSIDERACIONES FINALES. NUESTRA POSTURA.

Debemos reconocer y valorar la pretensión de esta teoría de la extraterritorialidad penal absoluta en lo que tiene - de positivo, es decir, en lo que aporta como fórmula o técnica para evitar el mal ejemplo ofrecido cuando el sujeto - autor de un delito pasea por el extranjero su impunidad. En principio, parece razonable convenir que ésta debe evitarse y que el sujeto ha de recibir la reprobación social mediante la sanción penal correspondiente proporcionada al mal -- causado. Sin embargo, debe relativizarse la pretensión, en la medida en que se carezca de las adecuadas condiciones para cumplir dicha finalidad, o en cuanto se supedita el logro de la misma enfatizando exclusivamente sobre estrictas razones de eficacia.

La teoría de la extraterritorialidad absoluta proporciona, sin duda, un medio de evitar aquella impunidad, a través de la concesión de la competencia para juzgar y castigar al sujeto al juez del territorio donde ha sido aprehendido, mediante la aplicación -en algunos casos- de la ley penal del territorio donde la infracción ha sido cometida. Ello plantea, además de otros problemas, el de la aplicación de la ley penal extranjera por el juez nacional, tema que sin duda debe ser objeto de reflexión.

Pero, yendo por partes, consideremos primero las ventajas e inconvenientes de este sistema, antes de enfrentarnos con la verdadera esencia del problema. Desde luego, la única -- ventaja de este sistema, es colmar las lagunas que pueden -- producirse --y de hecho se producen-- con el ejercicio de los otros criterios de que se hace uso en la extensión espacial de la ley penal, al posibilitar que todo delito sea castigado y que, por tanto, ningún delito quede impune porque el -- sujeto pueda cruzar una o varias fronteras, o por la presen-- cia de obstáculos procesales en las respectivas legislaciones nacionales. Nadie, de este modo, puede creerse amparado y protegido por hallarse sujeto a un ordenamiento jurídico distinto de aquél en el que delinquiró. Las fronteras y con ellas las diferentes soberanías, ya no son obstáculo para -- la represión del delito cometido fuera de ellas. Todo Estado se convierte en celoso guardián de la actividad delictiva, de tal modo que nadie queda libre del castigo por su -- huída y refugio, en busca de un lugar donde se desvanezca -- su responsabilidad.

Los inconvenientes, sin embargo, son muchos más. En primer lugar, el desconocimiento de la *lex commissi delicti* para el *iudex deprehensionis*. Este problema puede estar relativamente aliviado en la actualidad --en ciertos ámbitos geográficos-- si tenemos en cuenta los adelantos tecnológicos -- que prestan una rápida difusión de la información y de las

comunicaciones, aunque de todas formas dichos medios sólo - proporcionarían la transcripción de la letra de la ley y no tanto de la interpretación de la misma. En segundo lugar, - la problemática que suscitan todos los aspectos procesales, sumario, prácticas, pruebas, testigos, etc., con todos los inconvenientes de su fiel traducción y transmisión. Si bien, ello puede verse reducido entre países de un mismo ámbito - cultural o con una similar legislación, quedaría íntegro el razonamiento cuando salieramos de esos círculos. En tercer lugar, las garantías jurídicas propias de un proceso penal, aspecto éste, singularmente relevante, que no siempre podría satisfacerse. Así hasta un largo etcétera de inconvenientes que sugiere esta práctica, los cuales, de todos modos no -- dan cabal idea de su más contundente objeción.

En efecto, importa destacar donde radica la verdadera esencia del problema, esto es, no tanto insistir en los inconvenientes que del sistema derivan, cuanto la filosofía - subyacente, además de la hipotética plasmación. La primera pone el énfasis en la operatividad de un principio, el de - la eficacia, con el cual puede proscribirse no sólo cualquier otro criterio de aplicación espacial de la ley penal, sino -lo que es más importante- eliminar el ancestral problema - de las lagunas que se producen en la represión compartimentada según las diversas reglas estatales. Sea por la creencia en un axioma -racional y absoluto- de castigar, sea por la convicción en la existencia de los delitos naturales, --

sea por otras muchas razones -más o menos relevantes-, el pivote central sobre el cual gira la teoría de la extraterritorialidad absoluta está constituido por la eficacia. Esta es su gran virtud, aunque, obviamente, no sea posible asumirla, a nuestro modo de ver, por cuanto sólo desde una nueva perspectiva retribucionista es posible aceptar sus resultados. Y en el fondo de esa doctrina, late justamente ese fundamento, esa legitimación, la de infligir un castigo, cualquier que sea el lugar en el que se halle el sujeto.

Por otra parte, aún cuando se puedan constatar significativos avances -al menos en algunas legislaciones punitivas- en el reconocimiento y aceptación de las leyes y/o decisiones penales extranjeras, lo cierto es que el principio de la aplicación exclusiva de la ley nacional sigue siendo criterio generalizado en los diferentes ordenamientos jurídicos, y ello no es, o no debe verse, necesariamente, como indeseable. A nuestro entender, no sólo porque la potestad soberana de la ley penal sigue siendo baluarte prácticamente inexpugnable, sino porque no debe darse entrada indiscriminada ni a toda ley penal ni tampoco a toda decisión penal, extranjeras. ¿Por qué esta negativa y por qué esta deseable discriminación?. Dos razones deben bastar para justificarlas: una, que no tiene razón de ser extender el imperio de una norma penal ilimitadamente, por el simple hecho de que su ordenamiento jurídico ha sido infringido. Existen otros me-

dios, otras posibilidades jurídicas que permiten evitar esta extraterritorialidad indeterminada, entre otras, el instituto de la extradición. La otra razón, naturalmente, trae su origen de las diferentes y desiguales e incluso antagónicas legislaciones penales nacionales, fruto -ya lo decíamos antes- tanto del grado de civilización o cultura de los países como de otros factores o concepciones ingénitas a los pueblos y a sus convicciones. No es deseable, en ningún caso, acoger indiscriminadamente la aplicación de unas leyes penales nacionales tan desiguales, ya porque procedan de regímenes no democráticos -v.g. opresores de los Derechos Humanos-, ya porque carezcan de las garantías legales, ya porque sean irrespetuosas con axiomas básicos del país que las ha de aplicar y, en absoluto, es inapropiado señalar que es precisamente por eso, necesario discriminar.

Pero, además de que insistimos en la conveniencia de la no aplicación con carácter general de la ley penal extranjera, merece la pena detenerse en otra razón, tan poderosa como las anteriores, que resulta ser un impedimento sumamente elocuente. Nos referimos a la ausencia de interés de los Estados en la represión universal de toda clase de delitos y al "desinterés" en la efectiva represión, por sus órganos, de las infracciones cometidas en otros territorios. No hay interés por cuanto además de que las infracciones no lesionan intereses nacionales, algunas de ellas pueden incluso no ser delictivas en la legislación del iudex deprehensionis -

-lo que sin duda no produce ninguna insatisfacción o temor - por tener en el territorio al presunto delincuente-, o en el mejor de los casos existen otros instrumentos que posibilitan la persecución y evitan la impunidad. Hay desinterés en la efectiva represión en el interior del territorio del iudex deprehensionis, implícitamente por los motivos aludidos -de política criminal-, y explícitamente por causas de política económica, toda vez que la realización de la justicia conlleva un alto costo económico que no es factible sea sumido por todos los Estados.

En resumen, la idea de una extraterritorialidad absoluta no es posible, ni deseable, ni -en último término- necesaria para lograr la eficaz represión delictiva. La utilización de otros medios de colaboración interestatales en la lucha contra la criminalidad, la intensificación de los acuerdos bi o multilaterales de ayuda represiva, la institución de la extradición, etc, son adecuadas técnicas para este fin, y puede sustituir correctamente la pretensión extraterritorial.

En un futuro más lejano tal vez sea posible avanzar en otras direcciones en este campo, conscientes de la conveniencia de seguir trabajando en pro de una posible unificación de la legislación penal, así como en la creación de un Tribunal penal internacional. Y ciertamente, en esa vía, nos indica BOUZAT como "en el curso de las dos últimas décadas muchos juristas y hombres de Estado han continuado defendien

do la urgencia del desarrollo de la cooperación internacional sin los obstáculos inherentes al dogma de la soberanía estatal"²⁸. Sin embargo, hoy por hoy, este dogma se halla profundamente enraizado en la conciencia de los pueblos y no es fácil prever su superación, tal vez ni siquiera más allá de ámbitos regionales muy localizados y armonizados en otros aspectos como puede ser en el ámbito de las Comunidades Europeas²⁹. Quizás por ello, quienes opinan como BASSIOUNI que "la creación de un sistema internacional de justicia penal parece factible en un futuro próximo", encontrando apoyos para ese deseo en la cooperación internacional actual, en la movilidad e intercambio de población, etc., tampoco se dejen arrastrar por el optimismo, y opinen que "el futuro del Derecho penal internacional se encuentra probablemente más en las normas de acomodación que incremen

28 Cita extraída del Prólogo de BASSIOUNI, Ob, cit, pág. 16.

29 A este propósito, concluía NUVOLONE su relación presentada al IV Simposio de Derecho penal de Bresanone en 1967, con estas palabras: "Somos escépticos y perplejos con referencia a la posibilidad de formular un Código penal común a grupos de Estados, dada la persistencia de la soberanía nacional y de las notables diferencias políticas, ideológicas, de intereses y de tradiciones jurídicas. Somos optimistas sobre la posibilidad de un constructivo coloquio para la estipulación de convenciones". Vid. NUVOLONE, P. Problemática dell'unificazione del Diritto penale dei paesi europei, en L'Indice Peuche, 1968, págs. 159-160. Vid., asimismo el libro colectivo Droit Communautaire et Droit Pénal. Milano. Dott. A. Giuffré Editore, 1981.

tan y mejoran la cooperación interestatal que en el desarrollo de un sistema internacional de justicia penal"³⁰. Lejos, pues, queda aquella exclamación de PELLA "!Cuál podía ser, en efecto, el papel del Derecho penal internacional clásico cuando todos los Estados hayan establecido una Unión penal, es decir, una Liga contra las infracciones de Derecho común, que verán alzarse ante ellos el principio ubi ti invenero, ubi te judicabo!"³¹. En cualquier caso, ahí queda el nuevo Proyecto de Código penal internacional elaborado en el seno de la Asociación Internacional de Derecho penal por M.CH. - BASSIOUNI como ejemplo de ese interés de la doctrina internacional por armonizar las irreconciliables diferencias penales que provoca la vigencia de la soberanía territorial.

30 BASSIOUNI, M.CH. Ob. Cit. Págs. 82 y 83.

31 PELLA, V.V. La criminalidad colectiva de los Estados. Ob. Cit. Pág. 230.

SECCION SEGUNDA

LA TERRITORIALIDAD PENAL

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Partiendo del esquema esbozado anteriormente superador - de las tesis radicales y antagónicas entre el territorialismo absoluto y la extraterritorialidad absoluta, llegamos a la evidencia de que el principio de territorialidad no es suficiente por sí sólo para fundar y explicar el alcance espacial de la ley penal, sino que ha de combinarse con otros criterios para lograr esa finalidad¹.

En cualquier caso, sin embargo, el principio de territorialidad es el punto de partida o conexión tradicional, el principio o criterio fundamental, básico, dominante o pre-

1 Como puede apreciarse tanto en esta frase como en páginas anteriores y posteriores, utilizamos en el contexto de esta exposición las expresiones principio, criterio, regla o sistema como sinónimas o equivalentes. En la doctrina, sin embargo, hay quienes diferencian esos vocablos y - haciendo uso de las acepciones extraídas de Diccionarios de la Lengua o jurídicos refutan la utilización indistinta e indiscriminada. Así, - se niega la consideración de regla y se prefiere la de principio, o se rechazan ambas y se adopta la de criterio (Vid. algunas de las opiniones que se mantienen al respecto en TEZCAN, D., Ob. cit. Págs. 19 y ss.). Aún cuando sean asumibles las diferentes explicaciones que se dan para acoger uno u otro -pues arrancan de correctos análisis conceptuales-, y aún cuando seamos conscientes de que sus significados no son idénticos, nos inclinamos por su uso sinónimo -sin necesidad de entrar en el estudio particularizado de cada término-, ya que su sentido singular - queda reflejado en el contexto en el que se pronuncian.

valente², la regla general y común al decir de DEL ROSAL³, en la aplicación de las normas penales en el espacio. Y -- ello, sin duda, por las razones históricas a las que luego haremos mención, fruto, como es lógico, de la facilidad que a la aplicación de la ley penal en el espacio presta su localización en el territorio donde ejerce un Estado su soberanía. Pero aún con eso -o, precisamente por eso mismo- resulta que este principio no es suficiente -aunque no puede prescindirse de él- para explicar el ámbito espacial penal.

No es suficiente, porque descartamos la consideración de la territorialidad como principio único y exclusivo, reconociendo con JIMENEZ DE ASUA que un principio de territorialidad absoluto o exclusivo "llevaría a verdaderas monstruosidades jurídicas"⁴, de ahí que sea preciso utilizar, junto a dicho criterio, otros sistemas que, de igual modo, autónomamente adoptados serían insuficientes, pues "ninguno de los principios en forma aislada y unilateral sirve para los fines propuestos"⁵. De esta forma, es posible constatar cómo los sistemas u ordenamientos jurídicos actuales son el resultado de una organización combinada de ciertos principios, y no "de la rígida aplicación de uno sólo"⁶.

2 Cada autor emplea un adjetivo calificando esa especial preeminencia de que goza este principio.

3 DEL ROSAL, J. Tratado, cit, pág. 372.

4 JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 751.

5 FIERRO, G. Ob, cit, pág. 61-62.

6 SOLER, S. Cit, págs. 148-149.

Y es imprescindible admitir esa combinación porque al sus tentarse el criterio de territorialidad sobre la base del - territorio del Estado, esa realidad obliga a cada Estado a construir su sistema punitivo partiendo de la evidencia in- cuestionable de extender la eficacia de sus leyes penales - sobre su propio territorio⁷.

De acuerdo con este planteamiento que concita la existen- cia de un nódulo primordial y necesario para determinar el alcance de la ley penal, con la innegable constatación de - que por sí sólo no es bastante ni suficiente, examinamos en primer término el principio de territorialidad.

II. DEFINICION DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

No plantea, en realidad, ningún problema definir el prin- cipio de territorialidad, a pesar de la impropiedad con que a veces puede emplearse el término. La más usual de las de- terminaciones señala que es aquel principio en virtud del - cual todos los hechos delictivos cometidos sobre un territo- rio quedan sometidos a la ley penal que impera en el mismo⁸.

Este concepto, acusado de parcial o incompleto, al conte

7 "Es exacto -dice FIERRO- que ningún Estado puede prescindir del princi- pio de territorialidad y construir su sistema punitivo sobre la base de los otros tres". Ob. Cit. Pág. 62.

8 Así, v.g. NIBOYET citado en TEZCAN, D. Ob, cit, pág. 17, nota 11.

ner únicamente la referencia de la ley o competencia legislativa, y no incluir junto a ella, la jurisdicción o competencia judicial, es objeto de rechazo, siendo más aceptada una definición que tenga en cuenta ambos referentes. De ahí la fortuna de la conceptualización efectuada por DONNEDIEU DE VABRES de que "tiene por objeto la afirmación de la competencia exclusiva de un Estado, de sus jurisdicciones y de sus leyes propias, a la vista de todos los actos punibles que han sido cometidos en su territorio"⁹.

Sin pretender terciar en la polémica, pero con el afán de considerar cada una de las dos posturas, nuestro parecer es que ambas definiciones resultan apropiadas, y que tanto la primera como la segunda de ellas revela convenientemente qué es el principio de territorialidad. La razón es sencilla. Si partimos de la afirmación de que la competencia de los Tribunales viene determinada por la ley, es obvio que establecida la sujeción de la infracción delictiva a la ley del territorio donde se ha cometido, queda asimismo sujeta a la competencia judicial de los Tribunales del lugar. No es necesario, por tanto, explicitar esta segunda competencia porque la arrostra la afirmación de la primera¹⁰. Por

9 DONNEDIEU DE VABRES, H. Les principes modernes del Droit penal international. París, 1928, pág. 11. De la misma opinión TEZCAN, D. Ob, cit, - pág. 18, y otros muchos autores, esencialmente de la doctrina francesa. Vid. bibliografía en este mismo autor y página.

10 Disentimos pues de la posición manifestada por el autor turco negándose a suscribir una definición de este principio que se refiera exclusivamente a la territorialidad de la ley penal o del Derecho penal. Ob, cit, Pág. 18.

el contrario, sí debe consignarse en el concepto, el carácter "exclusivo" de esa competencia de modo que no quepa entender que sobre aquellos hechos la vigencia del ius puniendi estatal puede fraccionarse o quebrarse.

En definitiva, podría definirse el principio de territorialidad diciendo que es aquel que establece que la ley penal del territorio se aplica, con carácter exclusivo, sobre todos los hechos delictivos que se cometen en él. De este concepto adoptado deben extraerse como lógicas consecuencias, que no se permite la aplicación de ninguna otra ley sobre esos hechos, y que en todo caso ha de aplicarse la ley penal territorial, exclusivamente por los Tribunales del loci commissi delicti.

III. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

A través de ciertas expresiones latinas, acuñadas tiempo atrás, es posible advertir claramente los distintos significados y sentidos del principio de territorialidad. En efecto, aforismos latinos como "locus criminis patrati" o "lex loci delicti" ilustran adecuadamente la relevancia del lugar de comisión del delito y la subsiguiente aplicación de la ley penal de dicho lugar. De igual manera, otras máximas, como "Ibi poena plectendum ubi facinus admissum" -utilizada

v.g. por PESSINA¹¹ - o invirtiendo los términos "Ubi facinus admisis ibi est poena plectendum" -empleada por QUINTANO RIPOLES¹², recogen la bondad de un tal criterio, afirmando - la importancia esencial que posee la imposición de la pena en el mismo lugar donde se ha causado el daño o cometido la infracción. Pero, ciertamente, la expresión que reproduce - indubitadamente la relevancia de este principio y su más am- plio corolario, denotando la estrecha ligazón existente en- tre el territorio y lo que existe o se halla ubicado en él, sea aquel brocardo latino que señala "quidquid ist in terri- torio est etiam de territorio", lo que es igual, todas las personas y todos los bienes o cosas que se encuentran en el territorio del Estado se hallan bajo su autoridad y poder¹³. Se trasluce en esta expresión, esa especie de relación de - sometimiento o sujeción de todo lo que se halla en el terri- torio a la soberanía del titular de ese territorio, sin ex- cepciones.

Pues bien, coincidiendo con el sentido deducido de dichas afirmaciones, es indudable que el significado genuino del - principio de territorialidad deriva de su propia denomina- ción, es decir, que el territorio es el ámbito de aplicación

11PESSINA, E. Enciclopedia, cit, pág. 41.

12 QUINTANO RIPOLES, A. Ob, cit, Tomo II, pág. 33.

13 Este mismo sentido le atribuye OPPENHEIM, Ob, cit, pág. 306.

de la ley penal, y que es, dentro del territorio, donde la ley penal halla su auténtica afirmación. Podríamos, de este modo, señalar que el significado positivo de este principio es la aplicación de la ley penal del territorio a todo supuesto delictivo ocurrido dentro de sus términos, pues como dice JESCHECK un Estado "puede someter a su poder punitivo todas aquellas acciones que se cometan en su territorio"¹⁴. Y hablamos de un significado "positivo" por contraposición a aquel otro que calificamos de "negativo" en cuanto produce como consecuencia la aplicación exclusiva de la ley penal nacional en ese territorio y la consiguiente ausencia de aplicación de la misma a hechos ocurridos más allá de esos límites¹⁵.

Vemos más detenidamente estas aseveraciones. En primer lugar, afirmar que la ley penal de un Estado es la ley aplicable a todos los delitos cometidos en el territorio de soberanía de ese Estado es adoptar una posición que encierra los siguientes efectos. Prescindir de la nacionalidad de los sujetos activo y pasivo del delito, prescindir de la na

14 JESCHECK, H.H. Ob, cit, pág. 225. RODRIGUEZ MOURRULLO expresa este aspecto positivo, señalando que la ley penal nacional "se aplica a todos los delitos cometidos en el territorio del Estado y demás espacios sometidos a su jurisdicción". Ob, cit, pág. 143.

15 Con distinto sentido CH. ROUSSEAU reconoce estos dos aspectos, "el positivo de poder jurídico y función jurisdiccional activa, y el negativo de exclusivismo o facultad de excluir otras competencias de Estados extranjeros". Citado en QUINTANO RIPOLLES, Ob, cit, 33.

cionalidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, y prescindir de la consideración del derecho extranjero. Y por otro lado, concebir que lo único relevante es la nacionalidad del territorio, esto es, que cada Estado dentro del territorio sujeto a su soberanía, y en virtud de su capacidad soberana autónoma, sólo aplica su propia ley penal¹⁶.

En efecto, este criterio, basado en la especial consideración de que las leyes penales "obligan a todos los que se hallen sobre su territorio sin diferencia alguna"¹⁷, no tiene en cuenta, por tanto, si son nacionales o extranjeros el sujeto activo y pasivo de la infracción¹⁸, o si estos últimos residen de un modo permanente o de un modo transitorio en el territorio en cuestión¹⁹, y con independencia de que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro pertenezca a un ciudadano propio o a un extranjero²⁰.

La razón de ser de este aspecto a faz positiva radica en la soberanía territorial y en concreto, en su contenido material que en lo penal nos indica cómo el Estado soberano -ejercita su poder, con exclusión de cualquier otro, dentro de los límites espaciales a los que su soberanía se extien-

16 El Estado -resume FIERRO- "castiga conforme a su derecho todas las infracciones cometidas en su territorio, con absoluta prescindencia de -por quién y contra quién han sido ellas cometidas" Ob, cit, pág. 62.

17 PALAZZO, Ob, cit, pág. 350.

18 ANTON ONECA, Ob, cit, pág. 113.

19 Vid. ROVIRA CARRERO, P.I., Ob, cit, pág. 127.

20 Vid. JIMENEZ DE ASUA, L., Ob, cit, II, pág. 751.

de. De esta forma, el Estado aplica su ley penal, dentro de ese territorio, prescindiendo de todo elemento de extranjería. La única base, el único apoyo, reside en el territorio, en aquel espacio sometido a la soberanía del Estado. Por el sólo hecho de cometer el delito en ese territorio, el Estado soberano ejerce su poder punitivo y aplica, excluyendo cualquier otra ley penal, sus propias normas. Es el reflejo evidente de la identificación territorio-ámbito de soberanía-extensión de la ley penal, lo que produce dicho efecto o consecuencia.

Pero, ciertamente todas estas apreciaciones ponen de manifiesto tan sólo una realidad incontrovertible, pero no -- por ello comunican toda la esencia del principio de territorialidad. Presentan únicamente una cara de él, ya que se refieren a aquella parte del significado de este principio -- que recoge cuánto de incuestionable tiene, o sea, la obligatoriedad de la ley penal del territorio donde se ha cometido la infracción, haciendo caso omiso de toda otra ulterior precisión. Y si ello es innegable, debe también agregarse -- junto a quel aspecto²¹, faz²² o potestad²³ que presenta un carácter absoluto²⁴, éste otro que puede calificarse de "ne

21 Así lo denominan COBO Y VIVES Ob, cit, pág. 189 y BUSTOS, Ob, cit, pág. 104.

22 Esta expresión es de LANDROVE, Ob, cit, pág. 157.

23 La utiliza MANZINI, Ob, cit, pág. 414.

24 Con la única excepción -reconocida por COBO Y VIVES Ob, cit, pág. 189 nota 2 y BUSTOS, Ob, cit, pág. 104- de las "llamadas exenciones".

gativo" y cuyo sentido es que la ley penal "no se aplica a los hechos punibles perpetrados en lugares comprendidos bajo la soberanía y jurisdicción de Estados extranjeros"²⁵, - expresado en el brocardo latino de *leges non obligant extra territorium*.

A diferencia del aspecto anterior éste carece de ese carácter absoluto puesto que se halla sometido a importantes excepciones, tanto cuantitativa como cualitativamente, lo que hace de él un aspecto "muy relativo"²⁶ y por ello menos esencial o relevante.

El fundamento de esta inaplicación más allá de los límites del territorio soberano, -prescindiendo ahora de las excepciones-, hay que buscarlo en el mismo principio de la soberanía única y exclusiva del poder penal del Estado sobre su territorio.

No debe, por el contrario, incluirse en esa cara negativa del principio de territorialidad, la cuestión de la inaplicación de la ley penal extranjera, aunque en principio, de --

25 Esta es la definición de RODRIGUEZ MOURULLO, Ob, cit, pág. 143. Otros - autores como los clásicos MONTES y ROVIRA, ob, cit, págs. 422 y 164, respectivamente, ya describían estas dos caras indicando que "1ª. Las leyes penales se extienden a todo el territorio nacional, y 2ª. Las leyes penales se extienden solamente al territorio nacional". RODRIGUEZ DEVESA, -- por su parte hace especial hincapié en la imposibilidad de aplicar la - ley penal fuera del territorio nacional. Vid, Ob, cit, pág. 210.

26 Este es el término empleado por BUSTOS, Ob, cit, pág. 104.

ella derive también la exclusión de la aplicación de toda ley y de toda decisión penal extranjera²⁷. A nuestro juicio, reconociendo cómo se halla prácticamente generalizada la negativa a reconocer aquélla, -aunque en ningún caso haya de interpretarse por ello que la ley penal extranjera no exista más allá de sus fronteras sino tan sólo que no es aplicable, que no tiene potestad fuera de ellas, por cuanto se refuta o rechaza²⁸, queremos destacar que tal práctica no viene implicada, necesariamente, del significado del principio de territorialidad. La soberanía de cada Estado, sin por eso quebrar la vigencia del principio de territorialidad, puede admitir la aplicación de la ley penal extranjera en su propio territorio, pues con ello no deja de ser menos soberana su potestad territorial.

En definitiva, todas aquellas consecuencias fundamentadas de la razón de ser de este criterio prevalente, han permitido catalogarlo de egocéntrico, egoísta²⁹ o nacionalista³⁰, al no tomar en cuenta más que un simple dato objetivo: el espacio o territorio de soberanía de un Estado, aunque de ello no debe deducirse ni hay por qué deducir -según el certero parecer de QUINTANO RIPOLLES- "un desentendimiento de las realidades penales ajenas"³¹.

27 De esta idea MANZINI, Ob, cit, pág. 450.

28 El ordenamiento jurídico extranjero -dicen MERLE Y VIRTY, Ob, cit, pág. 347 y PRADEL, Ob, cit, pág. 182- "refuta a esta ley (nacional de otro país) toda aplicación fuera de ese territorio".

29 Calificativo de DONNEDIEU DE VABRES, Introd., cit, pág. 49.

30 Adjetivación de QUINTANO RIPOLLES, Ob, cit, Tomo II, pág. 95.

31 ob., cit., Tomo II, págs. 30 y 31.

IV. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

A. GENESIS HISTORICA.

Existe una innegable imprecisión acerca del reconocimiento histórico de este principio, al menos en el sentido adoptado en la actualidad. La imprecisión y las diferencias en el tema entre los autores surgen en cuanto a sus orígenes y aceptación en los pueblos antiguos, encontrando razones de distinto tipo, jurídicas y extrajurídicas, para la defensa de cada una de las posiciones asumidas por la doctrina.

a) Pueblos antiguos.

Tres grandes posturas pueden distinguirse en la doctrina sobre los orígenes históricos en estos pueblos. Por un lado, la de quienes como ROUX estiman implantado el principio de territorialidad en Roma y concretamente en el c. 1 Código Ubi de Crim.agit aportet 3,15 de los Emperadores Severo y Antonino (año 196 a. de C.)³². Junto a él, JIMENEZ DE ASUA afirma que este principio fue respetado en Grecia y Roma "por la supremacía en ellos del concepto de ciu-

³²Citado en PALAZZO, G.A. Territorialità della legge penale, en La Scuola positiva, 1927, pág. 531.

dad"³³. Frente a esta tesis, una buena parte de la doctrina ha sustentado la evidencia de su peculiar reconocimiento en el Derecho romano, y así PALAZZO no ha dudado en refutar en el sentido de que esa disposición citada, si bien regula la competencia sobre el territorio no es suficiente para afirmar la territorialidad también en su aplicación a los extranjeros³⁴. Precisamente por esta inaplicabilidad de la ley penal territorial a los extranjeros defiende MOMMSEN -- que este principio "no estuvo vigente en la época romana... aunque admitieron una ficción de ciudadanía para los extranjeros culpables referida sólo a algunos delitos privados"³⁵. A esa ficción recurren MANZINI y PESSINA³⁶, para afirmar --

33 JIMENEZ DE ASUA, L. II, Ob, cit, pág. 724. De esta misma idea es ROVIRA sosteniendo "que en los primeros tiempos de Roma, el principio de territorialidad de la ley penal manifestóse vigoroso, tanto respecto al ciudadano como respecto al extranjero -y salvo las excepciones dependientes de su propia condición personal- respecto al siervo. Pero, a medida que el pueblo romano adquirió preponderancia, cada vez se avino menos a soportar las consecuencias de este principio, como si se tratase de una regla universal, inflexible, en pro de todos los pueblos". Ob, cit, pág. 126. También TEZCAN afirma que el Derecho penal internacional de la Grecia de las ciudades "conoció la instauración del principio de territorialidad" y que en Roma "el Derecho penal era estrictamente territorial", -- es más, añade que el Estado romano no le interesaba sino lo que pasaba en el interior de sus fronteras. Ob, cit, págs. 69 y 70. Del mismo parecer DONNEDIEU DE VABRES, Vid. Introd. Pág. 49.

34 Ob., cit, pág. 532.

35 Citado en PALAZZO, pág. 532.

36 El primero, sustenta que "la idea de la personalidad de la ley, contrastando con la impelente necesidad del Estado de regular y asegurar su orden interno en el modo de ser más idóneo y eficaz, consiguió con los juristas romanos una ficción, por la cual el extranjero delincuente en el territorio romano era reputado súbdito a los efectos de la represión". -- MANZINI, V. Trattato, I, cit, págs. 451-452. El segundo, opina que en el Derecho romano el principio de territorialidad "se manifestó vigoroso, si bien no se conocieron como legítimas todas sus consecuencias" añadiendo "sin embargo, si los extranjeros y los esclavos no gozaban de todos los derechos, tenían la obligación de no olvidar el derecho de los demás, de no faltar a los principios de la justicia, y, por consiguiente, podía considerarse sometidos al imperio de la ley penal" PESSINA, E. Elementos del Derecho penal, cit, pág. 224.

que en el Derecho romano se manifiesta el principio de territorialidad si bien con la fictio iuris de considerar súbditos romanos a los extranjeros y a los esclavos, a los únicos efectos de aplicarles la ley penal.

Tratando de conciliar estas dispares posiciones, - QUINTANO RIPOLLES estima que "doctrinalmente considerada la cuestión, es de destacar la mayor afinidad del principio de territorialidad con los conceptos de soberanía geográfica - propios del romanismo", aunque se decanta por la idea de que "el territorialismo del mundo antiguo, Grecia y Roma, fue - más bien un proceder de hecho que no un estricto principio jurídico" y que por tanto "más vale como un precedente remoto que como una afirmación exacta de solución jurisdiccional"³⁷.

De criterio opuesto es NYS quien niega la territorialidad del Derecho romano y mantiene que ésta se establece con los visigodos cuando hacia la mitad del siglo VII, el Rey Rescesvinto impone formalmente a los romanos el uso del Derecho romano, aboliendo el breviario de Alarico³⁸.

b) Edad Media.

En esta época la problemática sigue vigente sin que

³⁷ Ob, cit, Tomo II, pág. 33.

³⁸ Vid. PALAZZO, Ob, cit, pág. 533.

pueda en ningún caso afirmarse la vigencia del principio de territorialidad dado que "en el medievo, se excluye la territorialidad de los reglamentos internos de seguridad pública para los extranjeros que podían alegar ignorancia de las leyes" según recoge PALAZZO³⁹, e incluso se asiste a un resurgir del principio de personalidad sobre la base del peculiar régimen feudal.

En particular, la importancia de este principio en la Edad Media italiana tampoco impide señalar que su reconocimiento no es pleno, toda vez que, aunque los Estatutarios italianos lo aceptan "para los delitos represivos de derecho común, eran contrarios a la aplicabilidad de la ley territorial a los extranjeros culpables de delitos únicamente previstos o diversamente castigados en los estatutos locales"⁴⁰.

A juicio de MANZINI, las tesis fundamentales que en esta época se sustentan, pueden resumirse diciendo que por un lado, había quien mantenía la inaplicabilidad de la ley del lugar de comisión del delito a los extranjeros, por obligar tan sólo a los ciudadanos propios, mientras que por otro lado, autores como GUIDO DE SUZZARA admitían tal aplicación del Estatuto territorial, bien porque todo Estado es libre de imponer a todos su propia ley en su territorio, sea por

39 Ob, cit, pág. 533.

40 MANZINI, V. Trattato I, cit, pág. 452.

necesidad imprescindible de defensa de su orden penal o de policía⁴¹.

Conectada con la primera de las tesis citada, se halla la opinión de jurisconsultos tan distinguidos en el Medioevo como A. de GANDINO, BARTOLO y BALDO⁴², para los cuales era necesario distinguir entre el delincuente extranjero que ignoraba o no la ley penal del territorio, que conocía o desconocía la ley del lugar de comisión del delito. Al extranjero que conocía esta ley le era aplicable en tanto que aquél que la ignoraba gozaba de impunidad. Esta solución "prevalece en el Derecho intermedio"⁴³.

El advenimiento de las Monarquías absolutas, favorece la adopción definitiva del principio de territorialidad - aunque con ello se opere también tomando en consideración una

41 Ob, cit, págs. 452-453.

42 ROVIRA, ob, cit, pág. 127, aludiendo a los referidos autores y a su sugerencia de la restricción del referido principio cuando el extranjero no haya permanecido un cierto tiempo en el país, señala como la distinción entre "el estatuto personal (comprensivo del derecho que de una manera directa afecta a la persona) y el estatuto real (comprensivo del derecho que de una manera directa se refiere a las cosas) no tuvo arraigo en lo penal" de tal modo que en esta etapa de glosadores e intérpretes "siguió observándose el principio de la eficacia de las leyes penales para todas las personas residentes en el territorio, lo mismo nacionales que extranjeras; si bien es de advertir que la aplicación al extranjero de la ley territorial explicitábase entonces bajo el específico criterio de que el hecho de habitar en un determinado territorio, implicaba la sumisión a la autoridad de la soberanía del mismo".

43 Vid. MANZINI, V. Trattato I, cit, pág. 452. Vid. con detalle la teoría italiana de los Estatutos en TEZCAN, ob, cit, págs. 72 y ss., con la exposición adicional de la evolución de este principio en el Derecho francés, belga, italiano, alemán y suizo y turco en págs. 77 y ss.

ficción. En efecto, como exponen ciertos autores⁴⁴, se parte de la estimación de que el extranjero acepta la ley del lugar del delito.

c) Edad Moderna.

La afirmación del principio de territorialidad en los siglos XVI y XVII con el nacimiento de los grandes Estados modernos e independientes⁴⁵, encuentra un primer reconocimiento en las Monarquías absolutas y en concreto en "la Ordenanza francesa de 1670, en los Judgements Iuries ingleses y en el artículo 6º del Bill of Rights americano"⁴⁶.

Es, no obstante, con la Revolución Francesa de 1789 y particularmente en el Código de Napoleón de 1810, donde mejor se plasma el "triunfo definitivo"⁴⁷ del principio de territorialidad, sustituyendo aquel "antiguo falso fundamento"⁴⁸ por el de la soberanía del Estado, potestad que se extiende sobre todas las cosas y sobre todas las personas que

44 De esta opinión PALAZZO, Ob, cit, págs. 533-534 indicando que en la monarquía absoluta "la territorialidad de la ley penal se impone con la ficción de que el extranjero había aceptado la ley del lugar por el hecho de su delito". MANZINI se refiere a "la ficción de cuasi-ciudadanía, por la cual se consideraba que el extranjero (súbdito temporal) habría aceptado la ley del lugar por el hecho mismo de su delito" Ob, cit, pág. 452. Este autor, al igual que MAGGIORE observa que la ficción de la ciudadanía temporal del delincuente "ha hallado aceptación en el Derecho penal inglés (Decreto de la reina de 10 de marzo de 1882) y en publicistas como JELLINECK el cual consideraba al extranjero como un "civis temporarium" Ob, cit, pág. 453, - nota 7 y MASSIORE, G. Derecho penal, cit, pág. 208, nota 75.

45 Así también MANTOVANI, F. Ob, cit, 819 y MERLE Y VITU Ob, cit, pág. 384.

46 Precedentes anotados por QUINTANO RIPOLLES, ob, cit, Tomo II, pág. 18.

47 POLAINO NAVARRETE, M. Ob, cit, pág. 452.

48 Expresión de MANZINI, ob, cit, pág. 453.

se hallan en el territorio. El artículo 3 del Código napoleónico aparece así como el paradigma del reconocimiento del territorio como criterio o régimen básico y principal de aplicación de la ley penal.

En definitiva, sólo a través de disposiciones como las mencionadas, todas ellas de finales del siglo XVIII y -- principios del siglo XIX, permiten afirmar el reconocimiento sin paliativos del principio de territorialidad en el sentido que posee en la actualidad⁴⁹.

B. FUNDAMENTO.

Diversas son las causas que se han argüido históricamente para justificar o fundamentar el principio de territorialidad. Aún cuando en la actualidad puede afirmarse que las distintas justificaciones ceden ante la teoría de la soberanía territorial, según la cual, la ley penal es territorial porque se extiende sobre el ámbito territorial en el que se ejercita la soberanía del poder estatal del que aquella dimana, no deja de ser interesante exponer aquí las teorías acumuladas a lo largo de la historia para fundamentar este principio.

49 En Alemania, por ejemplo, aunque este principio logra imponerse en la teoría con ABBEG, en lo legislativo sólo halla consagración en el parágrafo 4 del Código prusiano de 1851. Vid. QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II pág. 35. En nuestro país, en el Decreto de extranjería de 1852, que recogía una disposición igual a la del Código de las Partidas.

a) La teoría del contrato social.

Esta idea recogida por LEGROS y TALON⁵⁰ halla su más expresiva defensa en la frase de BECCARIA de que "el lugar de la pena es el lugar del delito, porque allí solamente y no en otro lugar los hombres se ven obligados a ofender a un particular para prevenir la ofensa pública. Un criminal que no ha roto los pactos de una sociedad de la que no era miembro puede ser temido, y por ello exiliado y excluido de la sociedad por la autoridad superior, pero no castigado con las formalidades de las leyes, vengadoras de los pactos, no de la malicia intrínseca de las acciones"⁵¹.

La fragilidad de esta teoría, como han puesto de manifiesto ciertos autores⁵², radica en que tiene su apoyo en la aplicación exclusivamente a los miembros que han aceptado el contrato social, careciendo de justificación su extensión a aquellos ciudadanos extranjeros que han cometido delitos en territorio extraño. De ninguna manera sobre esta base puede mantenerse hoy el principio de territorialidad de la ley penal.

50 Citados por TEZCAN, Ob, cit, 22.

51 BECCARIA, Ob, cit, pág. 134.

52 En concreto OEHLER y TEZCAN, Vid. Ob, cit, de este último, pág. 23.

b) Teoría de la soberanía.

La creencia mayoritaria ha fundamentado el principio de territorialidad en la soberanía del Estado⁵³. Desde luego, ha sido la justificación principal utilizada por la inmensa mayoría de penalistas clásicos y actuales, sustentándola ya en la independencia recíproca de los Estados⁵⁴, ya en la independencia e igualdad de los mismos⁵⁵, o bien en la específica relevancia de la potestad punitiva o *ius gladii*⁵⁶, sobre

53 Vid. entre otros JARAMILLO, Ob, cit, pág. 43; PUIG PEÑA, F. Ob, cit, pág. 141; RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Ob, cit, pág. 210; DEL ROSAL, J. Ob, cit, -- pág. 372; SANCHEZ TEJERINA, I. Ob, cit, pág. 140; SAINZ CANTERO, J.A. Ob, cit, pág. 161; LANDROVE, G. Introd. cit, pág. 132; MIR PUIG, S. Derecho penal, cit, pág. 15; FIERRO, G. Ob, cit, pág. 182; MANZINI, V. Trattato -- pág. 450; PRADEL, J. Ob, cit, pág. 63.

54 Entre otros opinan así VON LISZT, Ob, cit, pág. 183. También GRISPIGNI -- quien expresa "que en los límites de espacio que constituyen el territorio del Estado, la incondicionada soberanía de éste exige reconocer eficacia sólo a la propia ley penal, con exclusión de cualquier otro ordenamiento jurídico, porque las normas penales regulan las más fundamentales relaciones de la vida asociada y son la más alta expresión de soberanía estatal" Ob, cit, pág. 375. De igual manera ANTOLISEI indica que es "consecuencia inmediata de la soberanía estatal, la cual exige que sea reconocida validez sólo a las prescripciones del Estado, con exclusión de todo otro ordenamiento jurídico". Ob, cit, I, pág. 95. En el mismo sentido BUS TOS, J. Ob, cit, pág. 104.

55 Es el caso de JESCHECK, H.H. Tratado, cit, pág. 225; MANTOVANI, F. Ob, cit pág. 819-820 o de JIMENEZ DE ASUA, L. el cual parte del principio de soberanía y del carácter público de las leyes penales para sostener que "el principio del Derecho de gentes, del reconocimiento recíproco de la independencia y de la igualdad de los Estados, refuerza el criterio de que las leyes penales son de índole territorial" Ob, cit, II, pág. 760.

56 Parecer de QUINTANO RIPOLLES, A. para quien "el principio de la competencia territorial en el que la norma penal se ejercita jurisdiccionalmente es el espacio sometido a la soberanía de un Estado, es una consecuencia de dicha noción de soberanía y su modo normal de ejercicio en la vía procesal. Esta es una razón de índole política, respondiendo al binomio soberanía-jurisdicción, unificado en el *ius gladii*" Ob, cit, Tomo II, pág. 29. También RODRIGUEZ MOURULLO lo justifica así, ya que "aparece vinculado desde el punto de vista práctico, a la idea de soberanía, una de cuyas expresiones más elevadas es precisamente el ejercicio de la potestad punitiva" Ob, cit, pág. 143 De igual forma, en la doctrina extranjera MAGGIORE, G. -- declarando "inseparable del concepto de Estado moderno, justamente celoso de la potestad punitiva (*ius gladii*)" ob, cit, pág. 208 y DEAN, F. "por la particular importancia que reviste el ejercicio de la potestad punitiva, la más alta expresión de la soberanía estatal" ob, cit, pág. 25.

un determinado territorio⁵⁷. En definitiva, puesto que el territorio es el ámbito espacial en el que impera la soberanía de un Estado, precisamente como señalan COBO Y VIVES "la identidad entre territorio del Estado y ámbito espacial de validez de las normas de su ordenamiento jurídico hace que la eficacia de las mismas se limite, por regla general, al territorio. Las leyes penales no son, en este sentido, una excepción, sino que en ellas se manifiesta esa regla general de territorialidad con especial vigor"⁵⁸.

Rechaza esta concepción TEZCAN, señalando como causas fundamentales que le impiden mantenerla: de un lado, la propia noción ambigua y variable de soberanía y, de otro lado, el hecho de que el principio de territorialidad no se identifica con la competencia territorial del Estado soberano. Sin embargo, hay que subrayar cómo en este planteamiento subyace más bien el deseo de superar el significado esencial de lo que representa el territorialismo penal, que negar la legitimación de éste por cuanto la verdadera esencia de esta tesis es denunciar que el principio de territorialidad es -- "manifestación de un nacionalismo exagerado"⁵⁹. Su idea, no se sustenta tanto en la refutación de que este criterio tie-

57 Como indica POLAINO NAVARRETE, M. "encuentra su base en el reconocimiento jurídico-constitucional del territorio de cada país, dentro del cual el mismo ejerce su propia soberanía estatal". Ob, cit, pág. 449.

58 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. Derecho penal, cit, pág. 189.

59 TEZCAN, D. Ob, cit, pág.s 24 y 25.

facilidad que representa la proximidad del lugar del delito y del lugar del juicio⁶², demostrada a través de la instrucción, recogida de los medios de prueba, economía y celeridad de la persecución. Junto a ellas puede aducirse la importancia que presta a efectos de formar la convicción de los jueces, posibilitando de esa manera un mejor enjuiciamiento.

Una parte de la doctrina ofrece desde esta perspectiva, significativos argumentos, destacando las ventajas de este criterio. En tanto que algunos otros autores, los menos, se pronuncian por la totalidad de las precedentemente - enumeradas⁶³, otros, la mayoría, tan sólo esbozan algunas de ellas, desconociendo u olvidando las restantes⁶⁴.

62 Mejor aún, como expresaba DONNEDIEU DE VABRES "es conforme al interés de una buena administración de justicia el que un delito sea juzgado lo más cerca posible del lugar donde ha sido cometido". Principes, cit, pág. 11.

63 Caso de TEZCAN, D. Ob, cit, pág. 26.

64 Así, por ejemplo, mientras QUINTANO RIPOLLES, ob, cit, Tomo II, pág. 29; SANCHEZ TEJERINA, I, ob, cit, pág. 140; PUIG PEÑA, F. ob, cit, pág. 141; RODRIGUEZ DEVESA, J.M. ob, cit, pág. 210; RODRIGUEZ MOURULLO, G. ob, cit, pág. 143-144; MIR PUIG, S. ob, cit, pág. 15; o LANDROVE DIAZ, G. Introd. cit, pág. 132, destacan la ventaja y facilidad para allegar las pruebas y mejor enjuiciar el delito; CEREZO MIR, J. cit, en pág. 231 llega a firmar que "sólo en el lugar de la comisión del delito es posible recoger las -- pruebas y juzgar con acierto". Opinión menos tajante mantenía ANTON ONECA al indicar que en el lugar del delito es "donde se puede recoger fácil-- mente la prueba, mientras en otro país resulta difícil o imposible" ob, - cit, pág. 113. Todo ello debido, lógicamente porque "la inmediata tangi-- bilidad de la comprobación y valoración de los actos de significación penal propicia un adecuado servicio a la justicia penal" dice POLAINO NAVARRETE, M. cit, págs. 452-453. Del mismo se expresan MANTOVANI, F. ob, cit, pág. 820; DEAN, F. ob, cit, pág. 32; BOUZAT, P. y PINATEL, J. ob, cit, -- págs. 1.628-1.629, y JESCHECK, H.H. el cual alude, además, a que este --- principio, por las razones prácticas indicadas se ajusta mejor "a la justicia del caso concreto y al de economía procesal". Tratado, I, cit, pág. 225.

En este mismo orden es posible añadir como hace MERLE Y VITU otra razón poderosa la de que "el juez local -- conoce perfectamente su ley nacional, en tanto que ignora -- frecuentemente la extranjera"⁶⁵.

Estas importantes ventajas no pueden, sin embargo, ser tomadas como esenciales, pues a pesar de la coherente consideración de la importancia de todos los aspectos procedimentales aludidos, todos ellos no implican necesariamente que la ley deba ser territorial, ya que puede argumentarse -- que un juez extranjero conforme a su propia ley puede juzgar con perfecto conocimiento de causa a través del sumario instruido en otro país, y que, incluso, no es aconsejable ni deseable que el juez local forme su convencimiento del caso -- merced a la inmediatez del lugar de ejecución. No creemos -- que de esta manera pueda ser menos certera la justicia penal, si el juez extranjero posee cuantos medios de prueba requiere, facilitados por el juez del lugar de comisión del delito. Además, ello no ocurre tampoco cuando el hecho es juzgado -- por Tribunales superiores en casación, o cuando los supuestos de hecho caen dentro de la competencia atribuida a Tribu

⁶⁵ Estos autores consideran, por otra parte, que el procedimiento será más fácil y menos costoso si se realiza en el lugar de comisión del delito, apreciando el posible riesgo, en caso contrario de "una justicia indulgente ya que será menos cuidadosa de un orden público del que no es guardián", MERLE, R. et VITU, A. *Traité*, cit, pág. 348.

nales tales como nuestra Audiencia Nacional. Por el contrario, alguno de estos argumentos resultan cotradictorios con la fundamentación de la extensión extraterritorial de la ley penal, en la que justamente se produce el proceso inverso, y en ella se observa claramente que no se respetan las consideraciones que se esgrimen aquí, dando lugar a la ruptura del axioma de la conveniencia de la proximidad de los lugares del delito y del enjuiciamiento, al recurso de solicitar el envío del sumario instruído en el extranjero, a la pérdida de la economía y rapidez del proceso, y, asimismo, a la imposible realización de la convicción judicial por la vía de la inmediatez a la pieza procesal.

2. Penales.

Sin duda es, en este campo, donde se encuentran abundantes y concluyentes justificaciones que fundamentan -- sobradamente el principio de territorialidad.

Desde el prisma del principio de legalidad y de las garantías individuales del delincuente, la doctrina ha -- mostrado la conveniencia de este sistema por diversas razones: por una parte, porque la mejor garantía de los derechos individuales es conocer la ley del país donde se cometió la

infracción⁶⁶, constituyendo una garantía esencial de la libertad ciudadana⁶⁷, frente "a una intervención punitiva abusiva (incontrolable en cualquier otro caso)"⁶⁸. En definitiva, estos argumentos se sostienen sobre la base de considerar esencial, tal y como exponía DONNEDIEU DE VABRES "que el delincuente pueda saber, cuando lleva a cabo su acto, cual es la pena a la que se expone, cual es la ley según la cual será juzgado"⁶⁹.

Sin infravalorar las referidas legitimaciones del principio de territorialidad, no están exentas de ciertas -- críticas y de razonables dudas, por cuanto de la aplicación lineal de la ley penal nacional a los extranjeros, cualquiera que sea su grado de permanencia o temporalidad aquí, cabe deducir su conocimiento o desconocimiento, mayor o menor, de la ley penal. Y precisamente ese conocimiento es la garantía de los derechos individuales. Más bien, la razón fundamental puede hallarse, desde esta óptica, en el interés por mantener el principio de igualdad de todos los ciudadanos, nacionales o extranjeros, ante la ley, aunque ello tampoco sea -- sino una consecuencia prevista y deseada sobre la base de es

66 BOUZAT, J. y PINATEL, A. Ob, cit, págs. 1628-1629. En este sentido debe equipararse al respecto, el conocimiento efectivo con la presunción de que se conoce la ley del lugar. Esto es lo que explicitan MERLE, R. y VITU, A. ob, cit, pág. 348 y PRADEL, J. ob, cit, pág. 182. Más tajante G. STRATENWERTH encuentra su justificación "en la idea de que todos tienen que respetar la ley del Estado en que se encuentran" Ob, cit, pág. 40.

67 TEZCAN, D. Ob, cit, pág. 103.

68 BUSTOS, J. Ob, cit, pág. 104.

69 Citado en TEZCAN, pág. 103, nota 144.

te sistema, y no una fundamentación.

Desde el ángulo específico del delito, se mantiene la conveniencia de este principio, conforme fundamenta MIR PUIG, porque, por una parte, es preciso constatar "el interés del Estado en el mantenimiento del orden público dentro del territorio en que ejerce su soberanía" y por otra parte, en el hecho de que "el delito causa alarma en donde se comete y allí debe apaciguarla la pena"⁷⁰. En efecto, se arranca de la evidencia de que el delito "ataca las condiciones de existencia o de organización de un grupo social determinado"⁷¹, y que es dentro de este grupo donde se ha de imponer la sanción asegurando además la eficacia represiva⁷².

Desde la vertiente de la finalidad de la pena se hallan también importantes justificaciones, básicamente referidas a la prevención general⁷³, aunque aquéllas se amplían,

70 MIR PUIG, S. Derecho penal, cit, pág. 15.

71 ANTON ONECA, J. ob, cit, pág. 113. Este autor, al igual que PUIG PEÑA, F. ob, cit, pág. 141, coinciden en que el lugar donde la colectividad es agredida "es donde debe producirse la reacción" que apacigüe aquel sentimiento de alarma social causado. Con similares expresiones: BOUZAT, P. y PINATEL, A. ob, cit, pág. 1629; MERLE, R. y VITU, A. pág. 348 o MANTOVANI, F. ob, cit, pág. 820. G. SAUER únicamente resalta el primer aspecto, o sea, "la confirmación del poder del Estado y del ordenamiento jurídico en el propio país", ob, cit, pág. 31, en tanto que VON LISZT, F. tan sólo se apoya en una consideración abstracta diciendo que "el mejor modo de cooperar a la lucha contra los enemigos de la sociedad humana, es hacer que el castigo sea infringido por el Estado cuyo territorio fue teatro del crimen: forum delicti commissi". Ob, cit, pág. 183.

72 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, Tomo II, pág. 29.

73 LANDROVE DIAZ, G. Introducción, cit, pág. 132; QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 29 que añade la primitiva "vindicta pública", y RODRIGUEZ MOURULLO, G. Derecho penal, cit, pág. 143. Además, DEAN, F. ob, cit, pág. 32.

en ciertos casos, a la prevención especial⁷⁴.

En cuanto a la primera, porque según POLAINO -- "el cumplimiento de las funciones propias de la sanción penal se logra del modo más efectivo, tanto en el plano de la afirmación del orden jurídico quebrantado... como en el marco de la adecuada satisfacción de los fines de prevención general que la pena persigue"⁷⁵.

La conveniencia de la segunda no es genérica pues sólo cumpliría esa finalidad, como nos dice CEREZO, "en relación con la corrección o enmienda del delincuente, siempre -- que se trate de delincuentes españoles o extranjeros domiciliados y enraizados ya en España. En otro caso, sería más -- convenientes que el extranjero fuese juzgado y penado en su propio país"⁷⁶.

Al lado de estas fundamentaciones de índole positiva, pueden colocarse, sin duda, consideraciones de índole negativa que justifican el principio de territorialidad sobre la base del desinterés del Estado por la represión de -- los hechos delictivos cometidos más allá de sus fronteras, -- lo que posibilita, a juicio de JIMENEZ DE ASUA "legitimar" -- dicho principio porque "el Estado -salvo casos excepcionales-

74 Cuya función se cumple mejor -advierte POLAINO- "en el país de la nacionalidad del autor" POLAINO NAVARRETE, M. Derecho penal, cit, 454.

75 POLAINO NAVARRETE, M. Derecho penal, cit, pág. 453. Con idénticas palabras CEREZO MIR, J. Derecho penal 3ª ed. cit, pág. 193.

76 Vid. CEREZO MIR, J. Derecho penal 3ª ed. Ob, cit, pág. 113.

no tiene necesidad ni interés en prohibir penalmente los hechos cometidos fuera de su territorio"⁷⁷.

Efectivamente la razón sustentada en el interés estatal de proteger su propio orden público es una poderosa e irrefutable argumentación que, por otra parte, no es sino un inevitable efecto derivado de la vigencia de la soberanía territorial. No así la consideración de la alarma social o conmoción pública producida por el delito, pues a pesar de la evidente certeza de que aquél atenta a la sociedad en que se produce, emplear esta regla sería una verdadera contradicción con la de la ultraterritorialidad penal, que se basa precisamente, en la aplicación de una ley penal extranjera por un juez extranjero y en un territorio extraño al de la *lex loci delicti commissi*. No negamos la oportunidad y/o conveniencia de que la incriminación y castigo de los hechos delictivos tenga lugar en el lugar más próximo a su perpetración, por ser cierto que allí se causó la ofensa y allí se produjo la alarma y emoción que todo delito suscita. No negamos, por ello que la pena se imponga allí para apaciguar o mitigar los efectos de la infracción. Pero ello no debe servir de pretexto para negar aquellas otras evidencias, por cuanto en el fon

77 JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 751. Complementariamente, señala GRISPIGNI, F. esta faz negativa con la misma expresión. Vid. GRISPIGNI, F., cit, I, pág. 375, al igual que ANTOLISEI, F. Diritto penale, cit, pág. 95. ROVIRA CARREIRO ilustra que esta posición negativa ha venido defendiéndose desde dos puntos de vista "los que sostienen que ningún país tiene el derecho de ocuparse de las infracciones que se cometen en otro país, por exigirlo así la recíproca independencia de los otros Estados, y los que fundándose en un principio meramente utilitario, entienden que ningún Estado tiene interés esencial en castigar los crímenes cometidos más allá de sus fronteras" Ob, cit, págs. 164-165.

do sólo sirve como justificación de lo que de ventajoso tiene este criterio de conexión.

A nuestro juicio tampoco puede decirse que la -- función o valor intimidante de la pena sea más eficaz, o que se cumple mejor la prevención general por el hecho de aplicar el principio de territorialidad. Este aspecto se halla íntimamente conectado con el del conocimiento de la ley penal y su eficacia no deja de ser limitada si aceptamos las precisiones allí expuestas. Y otro tanto debe decirse de la prevención especial, aunque sobre este particular mostremos nuestra coincidencia con el razonamiento de CERESO MIR ya expresado.

Por último, tampoco hay que sustentar la fundamentación de la territorialidad sobre la base negativa del interés estatal en reprimir los delitos cometidos en el extranjero, porque la realidad permite, al menos desde el punto de vista legislativo, refutar esta tesis⁷⁸.

78 Cinco consideraciones diferentes utiliza LANGEMEIJER para justificar la territorialidad de la ley penal, que por su interés transcribimos resumidas: una puramente negativa, que sobre los hechos cometidos en el interior de un país sólo es posible aplicar con eficacia satisfactoria, que no de un modo absoluto, la ley del territorio; una positiva y de orden general, el delito cometido en el interior del país donde es considerado como tal, causa un daño moral al orden jurídico de ese país; una igualmente positiva, pero no válida sin excepción, el delito dañará igualmente la mayor parte de las veces, un interés jurídico concreto, puesto que el sistema legal de ese país considera la protección como su causa particular; incluso sin ningún interés jurídico nacional, espera el castigo del autor de un delito cometido en el interior del país, por lo menos cuando el autor es un súbdito o habitante de ese país, esto puede representar la ventaja de que no habrá interés por parte de otro país, cuyo interés jurídico sea dañado, en castigar por su parte la infracción; por último, la adopción o la conservación general del principio de territorialidad, presenta para todos los Estados la ventaja de que la protección penal de los intereses pertenecientes a su esfera jurisdiccional está asegurada en el extranjero, por la entrada en juego de las autoridades locales y, en consecuencia, de la manera más eficaz, esto naturalmente mientras se trate de hechos universalmente considerados como punibles. LANGEMEISER, G.E. Le principe de territorialité, en Droit pénal international. Recueil d'études en hommage à J.M. VAN BRIMLEN, Leyden, 1955, pág. 23.

d) Criterio que se sigue.

La sencillez y las ventajas que reporta, en definitiva, el principio de territorialidad, al determinar que la sanción se imponga en el mismo lugar de comisión del delito, ha posibilitado -a mi modo de ver- la búsqueda de justificaciones a priori, -algunas-, y a posteriori -otras-, las cuales no siempre aparecen como tales o, al menos, no con el mismo carácter.

Entendemos que la razón central del reconocimiento del principio comentado y la que fundamenta perfectamente a éste, es la soberanía estatal, la cual, en el respeto a la independencia e igualdad de los Estados, es celosamente defendida por cada uno de ellos. En esa creencia, la potestad soberana se extiende particularmente o halla su expresión genuina, en el territorio propio, espacio jurídico sujeto a sus leyes. Aun más en cuanto a las leyes penales puesto que la potestad soberana del Estado encuentra su más alta y relevante expresión en el ius puniendi.

Lógicamente se deduce de estas precisiones, el interés de cada Estado en la defensa y protección de su orden público contra cualquier ataque u ofensa, sea cual sea la nacionalidad del sujeto agente, y sensu contrario, el desinterés en la defensa o protección de otros órdenes públicos extranjeros sujetos, obviamente, a la potestad soberana de sus res

pectivos Estados. Ese desinterés puede traducirse, acertadamente, por el respeto a la soberanía extranjera, preservando de esta forma la verdadera esencia de ella. Ello es lo único que prevalece clara y diáfananamente, en tanto que otras ideas pueden cuestionarse, sin negar las ventajosas respuestas que ofrecen, y a cuyo comentario nos remitimos.

C. VALORACION DE SU EFICACIA.

Del estudio realizado y de la importancia asignada a este principio se deduce sin discusión la eficacia del mismo en orden a la represión de las infracciones delictivas. Sin embargo, la realidad de ciertas particularidades que inciden en su efectiva ejecución, así como el componente específico que denota su misma implantación, provocan que la valoración global de su eficacia se vea, dentro de ciertos límites y de acuerdo con ciertas tesis, al menos, cuestionada.

a) Relevancia de las lagunas represivas que produce.

La facilidad en el tránsito por las fronteras interestatales, unida a la intensa movilidad de los ciudadanos entre los Estados, posibilitan lagunas en la represión, al no ser difícil burlar la vigencia del principio de territorialidad y escapar a la acción de la justicia del Estado de comi-

sión del delito. Traspasando los límites territoriales soberanos del Estado, se traspasan los límites del ejercicio del ius puniendi estatal, con incalculables probabilidades de lograr la impunidad. No obstante, no puede decirse que ello sea exactamente lo que ocurre, porque dos clases de factores entran en juego para evitarlo, sino en todo caso, sí en muchos de los supuestos que se presentan fácticamente. El primero de ellos es el factor elemental de la solidaridad internacional que permite colmar esta laguna represiva proporcionada por la territorialidad penal, a través del concurso del Estado en el que se halla el delincuente, ejercitado por la vía de la entrega o devolución de éste al Estado en el que cometió la infracción⁷⁹. Esta fórmula, absolutamente vaga, abstracta y difusa, descansando sobre bases políticas, completamente discrecionales, no es precisamente la mejor técnica para resolver el problema, y ello por razones obvias. El segundo de ellos y más extendido en la práctica internacional, es el empleo de instrumentos jurídicos, como la extradición, capaces para devolver al territorio de comisión del delito al individuo huído. Aunque esta fórmula sólo se utilice,

79 El principio de territorialidad decía QUINTANO RIPOLLES, A., requiere -- que los Estados "se presten mutuo concurso para devolver al territorio en que el delito se ha cometido, al delincuente que se sustrajo, por su huída al extranjero, a la acción normal de la justicia del país". Vid. Tratado, II, cit, pág. 30.

normalmente, cuando entre los Estados en cuestión existen -- Tratados o Convenios sobre la materia, ciertamente permite actuar sobre la base del principio de reciprocidad en defecto de aquéllos, a no ser que el Estado reclamante no ofrezca las garantías adecuadas previstas en la legislación del Estado -reclamado, o que, simplemente, este último desee convertirse en refugio o paraíso del delincuente, rechazando la petición efectuada.

Independientemente de este supuesto extremo, repudiado por la conciencia internacional, el instituto de la extradición tampoco colma las lagunas del principio de territorialidad, cuando el delincuente huído al extranjero se refugia en el país de su nacionalidad, ya que en estos casos lo usualmente legislado y habitualmente ejercido por los Estados es la negativa a entregar a su nacional a las autoridades extrangeras. Ello, por ser una práctica extendida y genéricamente aceptada a todos los niveles⁸⁰, y a pesar de las consecuencias penales indeseables que genera, entre ellas la de conducir a la total impunidad. Resolver que, por la vigencia del axioma de la no entrega del nacional el delito cometido en el

80 SANCHEZ TEJERINA considerando, hasta sus últimas consecuencias, el principio de territorialidad, señalaba: "debe concederse la extradición del propio ciudadano de un Estado que hubiere cometido un delito en el extranjero, puesto que lo que da jurisdicción es el suelo o territorio donde -se comete el delito" SANCHEZ TEJERINA, I., cit, pág. 136.

extranjero quede impune, no parece solución admisible, y desde luego si lo fuera sería poco respetuosa con la solidaridad internacional en la lucha represiva. La negativa y su lógica consecuencia, o sea, la permanencia en el territorio de refugio, soluciona este supuesto comentado con el sometimiento del sujeto a los Tribunales propios, no ya en virtud del principio de territorialidad, sino por la vigencia de otros criterios de extensión del alcance de la ley penal, aunque - tampoco en todo caso. Además, es preciso tener en cuenta que en la extradición, al margen de los requisitos legales taxativamente enumerados en las disposiciones nacionales o internacionales que la regulan, se alzapriman consideraciones de soberanía, oportunidad y conveniencia políticas no siempre - favorables al significado y contenido del principio de territorialidad.

b) Relevancia de su configuración.

Se señala, al lado de la cuestión anterior, o, mejor aún, como causa de aquélla, la relevancia del componente específico de egoísmo y nacionalismo que se traduce en el -- aislamiento entre los Estados, originado en el principio de

territorialidad⁸¹.

No obstante la razón que asiste a quienes así opinan, pues es correcto y válido el parecer por cuanto esas consecuencias derivan de la implantación de dicho principio, en realidad los efectos reseñados son mitigados y en cierta medida eliminados por la práctica totalidad de las legislaciones internas. Esto es, si planteado el tema desde el ángulo de la vigencia de la exclusividad del principio de territorialidad no podría negarse la exactitud de aquellos componentes finales, planteado desde la perspectiva de la existencia de principios complementarios junto a aquél, la relevancia de esos efectos es prácticamente ficticia o nula. Puede ser egoísta y/o nacionalista bajo la consideración de que cada Estado, - al delimitar sobre el marco de su territorio el alcance de su ley, impide el ejercicio de cualquiera otra; pero no por ese motivo se produce ningún aislamiento respecto de los demás Estados, por cuanto el principio de territorialidad se combina con el ejercicio de otros principios, eliminando así aquella aparente incomunicación.

81 Vid. v.g. MANTOVANI, F. Ob, cit, pág. 820; MERLE, R. y VITU, A. Traité cit, pág. 348; FIORE, P., ya indicaba, refiriéndose a este extremo "como era consecuencia de aquella otra (teoría) del aislamiento de los Estados y de la doctrina en la cual se dá como única base del Derecho penal el principio de utilidad". Ob, cit, pág. 29.

c) Consideración de ambos efectos.

Unicamente dos palabras para exponer cómo el cuestionamiento de la vigencia del principio de territorialidad por las argumentaciones precedentes, es de muy poca entidad, sin negar con ello cuánto de cierto tienen. Las lagunas represivas por él provocadas, principal crítica o inconveniente argüido, no aparecen como datos decisivos que permitan discutir su indudable interés e importancia, por tres causas concluyentes: porque muchas de ellas aparecen colmadas mediante el uso de instrumentos complementarios; porque cualquiera otro de los criterios determinantes de la aplicación de la ley penal produce aún más vacíos u omisiones en la represión, y porque la única solución a la represión sin lagunas proviene del criterio -rechazado por muchos y definitivos inconvenientes- de la extraterritorialidad absoluta. Los otros factores esgrimidos en su contra -relativos a la configuración final que origina-, están -como hemos visto- corregidos por la vigencia de los criterios que complementan la territorialidad, y por lo demás no afectan a la verdadera esencia del problema. En definitiva, la valoración global de su eficacia sólo levemente queda desprestigiada por las referidas cuestiones.

D. SU PRETENDIDA CRISIS.

Hablar de la crisis del principio de territorialidad resulta una quimera a juzgar por la firmeza y arraigo del -- mismo en las legislaciones nacionales, no ya como un crite-- rio más sino como el más importante de entre todos los mane-- jados. De ahí que rotulemos este epígrafe con la anteposi--- ción del término "pretendida", referido precisamente a la su sodicha crisis. La problemática, sin embargo, no es nueva, y además no es en la actualidad cuando se reafirma su plantea-- miento -salvo raras excepciones- a pesar de las razones que hoy pudieran aducirse a su favor.

La crisis de que se habla tiene su raíz o base en el - establecimiento de destacamentos militares extranjeros, con carácter permanente, en territorios sujetos a soberanías di-- ferentes, llevando consigo -como veremos en otro punto de es-- te trabajo- sus propias leyes⁸², y quedando con ello excluí-- dos, en ciertos hechos delictivos, del sometimiento a la ley del territorio.

Es innegable que desde la terminación de la II Guerra Mundial se incrementó considerablemente, sobre todo en Euro-

82 FIERRO cita a SCHOENKE quien ocupándose de esta problemática recientemente considera que "se halla en etapa crítica por el estacionamiento permanen-- te de fuerzas militares extranjeras en suelo nacional, que traen consigo su propia ley" FIERRO, G., ob, cit, pág. 65. Mucho antes, JIMENEZ DE --- ASUA, L., ya exponía las limitaciones que se imponen al principio de te-- rritorialidad "sobre todo por la presencia de ejércitos extranjeros en - otros territorios". Tratado, cit, II, pág. 760.

pa, el número de los Estados que poseen en sus territorios fuerzas armadas extranjeras estacionadas permanentemente, -- las cuales mediante Convenios bi o multilaterales se rigen, con ciertas peculiaridades, por sus propias leyes (leyes de la bandera) que prevalecen, de esta manera, sobre las leyes del territorio. Es innegable también que esta situación, --- tras más de 40 años, sigue plenamente vigente, y que la mayoría de los países -europeos o no- tienen estacionadas tropas extranjeras aliadas por razones políticas, estratégicas o de otra índole. En cualquier caso, con independencia del hecho de que ésta sea una práctica real ampliamente extendida representando evidentemente una excepción -ciertamente grave- a la vigencia del principio de territorialidad penal, lo --- cierto es que no cabe deducir a partir de ella la crisis de este principio⁸³. Su significado debe ser enmarcado en sus justos términos, y en ese sentido puede y debe manifestarse su importancia, al constituir, ni más ni menos, que una quiebra -más- como la inveterada de las exenciones -de similares

83 De esa misma idea era L. JIMENEZ DE ASUA, cuando afirmaba: "A nuestro juicio se exagera esa crisis, no la negamos por lo que respecta al Derecho internacional, que siempre lo está y que ahora se halla más que nunca en revisión, sino porque esos principios pertenecen a la legislación de cada Estado que siguen celosos de su soberanía territorial... No negamos las limitaciones que hoy se imponen por esas situaciones - al régimen territorial; pero lo cierto es que éste sigue imperando". Tratado, cit, II, pág. 760.

proporciones y entidad- a la complejidad del referido principio, aunque por sus connotaciones política y/o militares sea, en cierto modo, más censurable. La realidad nacional e internacional, por otra parte -al menos en ciertos ámbitos geográficos o regionales, como el nuestro-, nos muestra una reacción contra esta situación heredada del más grave conflicto bélico de la historia.

Discrepando, pues, de quienes sostienen que por esta exclusiva causa sea posible afirmar la crisis de la territorialidad penal, no creemos arriesgado afirmar lo contrario y, negando tal evento, señalar nuestra completa seguridad de que dicho principio impera plenamente, y que cada Estado -salvando las excepciones citadas- continúa conservando celosamente la soberanía territorial como una de sus principales cualidades. Desde nuestra modesta óptica, la auténtica quiebra y crisis del sistema territorial sólo podrá operarse cuando los Estados cedan competencias o potestades en lo penal por su agrupación en comunidades más amplias dotadas de órganos de representación, legislación y ejecución supraestatales. En tanto esto no ocurra en materia penal -sí, en cambio, ocurre en otras materias-, será difícil creer en la crisis del principio de territorialidad⁸⁴.

84 Rechazando, por ello, incluso el parecer de quienes, como HARRIMAN, estiman que este principio "ya no es adecuado a las necesidades actuales. Para proteger eficazmente a la sociedad -señala- es necesario tener en cuenta las tendencias actuales de la delincuencia (que, hoy más que nunca, prácticamente desconoce las fronteras nacionales)". Vid. HARRIMAN, E. - El Consejo de Europa: actividades en la esfera de los problemas de la delincuencia, en RINDCr. Nº 34, 1976, pág. 97.

CAPITULO III

DETERMINACIONES DECISIVAS DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

El significado propio del principio de territorialidad, - impele necesariamente a revelar una serie de determinaciones sobre las cuales se sustenta y apoya, las cuales resultan de capital importancia para el efectivo ejercicio del referido principio. Nos referimos a estas tres cuestiones: la paridad o igualdad de nacionales o extranjeros ante la ley penal, el concepto de territorio y el lugar de comisión del delito. -- Las tres son esenciales para entender correctamente este punto de conexión, como puede observarse por las reflexiones -- que efectuamos a continuación.

I. PARIDAD DE NACIONALES Y EXTRANJEROS.

Aunque no hayan dudas de que en la actualidad la ley penal territorial se manifiesta estatuyendo la igualdad de trato - para nacionales y extranjeros, hay que coincidir con QUINTANO RIPOLLES en que esta paridad "es un axioma del Derecho moderno" y "que es un postulado cultural incorporado al acervo de los pueblos civilizados, en contraste con las arcaicas -- prácticas de privilegio penal, tanto en pro como en contra - del extranjero, que en lo procesal han perdurado hasta fecha

relativamente reciente, incluso en Europa"¹. Desde el punto de vista doctrinal es posible también apreciar posturas encontradas entre partidarios y detractores de ese tratamiento, aunque es justo reconocer que estos últimos quedan localizados en unas etapas históricas alejadas del presente, dado -- que en éste la unanimidad sobre este aspecto es total. No -- obstante, creemos conveniente exponer las diversas posturas argüidas respecto al tema, utilizando y analizado sus efectos, y explicando aquella que estimamos más acertada.

A. TESIS DE LA DIFERENCIACION.

Además de los glosadores BARTOLO y BALDO que, como indicamos en páginas anteriores, reclamaban un trato unitario y uniforme para nacionales y extranjeros, siempre que estos últimos permanecieran un cierto tiempo en el país; existen -- otros autores partidarios de una relativa o limitada distinción entre los sujetos a la hora de hacer aplicación de la -- ley penal territorial. Tal vez sea en la doctrina italiana -- donde más eco haya tenido esta postura. Partiendo de la expo -- sición efectuada por PALAZZO², recogemos sucintamente las di -- versas aportaciones doctrinales en este sentido.

1 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, Tomo II. Pág. 20.

2 PALAZZO, G.A. Territorialiti, cit, pág. 533.

La reflexión fundamental de los intérpretes se ha centrado en examinar si en la aplicación al extranjero de la ley de la nacionalidad del territorio donde se comete el delito, cabe o no otorgar alguna relevancia a la ignorancia de la ley, para excusar -de algún modo- aquel acto, dado su desconocimiento de la misma, máxime si se hallaba accidental o temporalmente en el lugar.

a) Postura amplia.

Debe citarse en esta línea, en primer término, la posición absolutamente extrema de CARRARA, admitiendo la impunidad del extranjero, cuando el acto cometido no fuese reprobado por la moral o no fuese prohibido en la patria del extranjero³. Sin ir tan lejos, pero partiendo de similar origen, esto es, de la ignorancia de las leyes nacionales por los extranjeros, PALAZZO estima como "un útil correctivo del rigor de las consecuencias" del citado principio, "la facultad, concedida al juez de un Estado, de aplicar las leyes penales extranjeras, dentro de ciertos límites"⁴.

Ambas tesis establecen una clara diferenciación, cuyo efecto último es la inaplicación de la ley penal del locus commissi delicti, bien por la vía de la impunidad en los

3 Vid. PALAZZO, G.A. Territorialità, cit, pág. 535.

4 Territorialità, cit, pág. 537.

supuestos aludidos, conclusión que parece difícilmente sostenible cuando no inadmisibles; bien por la vía de aplicar la ley de la nacionalidad del delincuente, lo que depara efectivamente un coherente correctivo de la ignorancia de la ley penal del territorio, entendida como excusa de la conducta del sujeto, pero de compleja realización en muchos casos, -- por el desconocimiento del derecho aplicable. De todas formas, esta última no puede decirse que sea una idea insostenible o inadmisibles, ni mucho menos -- como vimos en su momento -- una quiebra de la territorialidad penal. Coinciden ambas, por -- otro lado, en el reconocimiento del derecho extranjero, ya sea dando entrada, en el primer caso, a la consideración que respecto del hecho delictivo tenga aquél, ya sea, en el segundo caso, dando efectiva aplicación por el juez del locus delicti a la ley extranjera propia de la nacionalidad del autor.

b) Postura limitada.

En esta corriente subyace la pretensión de no aplicar la ley del territorio al extranjero, únicamente en aquellos hechos delictivos de inferior gravedad como son las faltas, contravenciones o infracciones previstas en los reglamentos de policía, cuando el sujeto no permanezca un cierto tiempo en el país. El reconocimiento expreso de esta tesis --

aparece en el PROYECTO DE CODIGO PENAL ZANARDELLI de 1880 en el que BRUSA consiguió imponer su idea de que debía darse arbitrio al juez para decidir en cada caso, sobre el argumento de que la excusa de la ignorancia de la ley penal resulta -- preocupante para los extranjeros, especialmente en el caso de las faltas, dada la abundancia y dispersión de reglamentos especiales y locales⁵.

En la doctrina italiana han defendido también esta idea algunos otros autores⁶ y marginalmente ha tenido partidarios en Francia⁷ y Alemania⁸, renovando MEILI posteriormente la polémica suscitada por el tema para un supuesto concreto, cual el del tráfico automovilístico⁹.

Ciertamente las razones aducidas son perfectamente defendibles si se tiene en cuenta el importante número de hechos delictivos, de escasa gravedad, que se hallan tipifica-

5 No se llegó en el referido Proyecto a admitir tal excepción para los delitos, a pesar de las opiniones favorables al respecto de autores como FARANDA, CALENDIA, L'EULA y L'ARABIA. Vid. PALAZZO, G.A. Territorialità, cit, 534.

6 Entre otros pueden citarse a LONGHI, FERRI y FIORE. Este último sostiene que en "manera alguna debe considerárseles en el mismo caso que a los nacionales en lo que respecta a las leyes de policía local". FIORE, P. -- Cit. Págs. 5-6.

7 Así, MERLIN considera necesario un cierto tiempo de permanencia para la aplicación al extranjero de los reglamentos locales. DEMOLOMBE estima -- que al extranjero recientemente arribado de territorio extraño, por ignorar los reglamentos de policía, existe imposibilidad o fuerza mayor para aplicarle las contravenciones. Vid. PALAZZO, G.A., cit, 535.

8 V.g. FRANK, citado en PALAZZO, G.A. Ob, cit, 534.

9 Vid. PALAZZO, G.A. Ob, cit, pág. 535.

dos en una amplia lista de disposiciones legales de distinto rango, cuyo conocimiento no puede negarse es muy difícil para el nacional y por ende casi imposible para el extranjero. Además, estas infracciones por su escasa relevancia e impacto social no provocan alarma o emoción en la sociedad. Únicamente cabe esgrimir como razón para su rechazo el que invalidan el principio de igualdad ante la ley, a través de la ignorancia de la misma.

B. TESIS DE LA ABSOLUTA INDIFERENCIACION.

Esta corriente mayoritariamente defendida sostiene la absoluta igualdad, equivalencia y paridad entre nacionales y extranjeros ante la ley penal, discrepando de las anteriores teorías y refutándolas. En efecto, es generalizada la posición que niega efectos a la ignorancia de las leyes para lograr un trato desigual y la que por eso mismo no acepta la remisión a la ley nacional del delincuente¹⁰.

Por encima del interés individual se colocan los intereses colectivos de seguridad pública¹¹ y la consideración -

10 Véase en esa línea la opinión de PESSINA en el sentido "de que no puede aducir (el extranjero) en su excusa que ignoraba nuestra ley para obtener que no le sea aplicada, no puede invocar su ley nacional, diciendo que ésta no castiga ese hecho, ni señalar que ésta castiga más benignamente el hecho". PESSINA, E. Enciclopedia, cit, págs. 44-45.

11 Esta afirmación de MANZINI queda además corroborada por su aserto de que "los extranjeros entrados en el territorio nacional y con derecho a ser protegidos por sus leyes, tienen a cambio de este derecho el deber de conocerlos y respetarlos todos indistintamente, cualquiera que sean su objeto y su naturaleza". Afirmación recogida en FIORE, P. Ob, cit, pág. 6.

de la potestad soberana sin quiebras¹², desplazando cualesquiera razones de otra índole¹³.

No cabe desconocer la razón que asiste a quienes así opinan pues de este modo mantienen incólumes dos grandes --- axiomas: el de la soberanía territorial penal entendida en - el doble sentido de castigar todos los hechos delictivos ocu rridos en el territorio y aplicar exclusivamente la *lex loci delicti commissi*, y el principio de igualdad absoluta de to- dos ante la ley. Pero con todo, también desconocen y despre- cian una evidente realidad que, fundada en la variedad y dis- persión legislativa, dificulta, cuando no imposibilita en mu- chos casos, el conocimiento de la norma para el extranjero - transeúnte. Partir del deber de conocer las leyes en estos - casos, es partir de una presunción que no se sostiene salvo por la negativa a admitir prueba en contrario.

- 12 PORTALIS aseguraba que el poder soberano "es nada sino es todo" inte- rrogándose: "¿Cómo podrá un Estado conservarse y mantenerse si existen en su seno hombres que pueden impunemente transgredir las normas de po- licía y turbar su tranquilidad?". Citado en PALAZZO, G.A. Cit, pág. 535.
- 13 De esta manera QUINTANO RIPOLLES, A. resalta que "el sólo criterio deseable es el de la perfecta equivalencia" Ob, cit, Tomo II, pág. 20; y de igual manera JIMENEZ DE ASUA, L. utiliza las dos justificaciones re- señadas, pues "si el estado tiene el derecho de tutelar su propia con- servación y no puede éste subsistir si se violasen impunemente sus le- yes y se turbase la tranquilidad y prosperidad sociales, ni alcanzar - sus fines propios si permitiera a los ciudadanos o a los extranjeros - violar las normas fundamentales de conducta por él establecidas, es ob- vio que tanto los nacionales como los que no lo son, están obligados a someterse a la soberanía expresada coactivamente en las leyes puniti- vas". Ob, cit, II, pág. 822.

C. TESIS QUE SE SIGUE.

Compartiendo parcialmente algunos de los argumentos -- empleados por los partidarios de las tesis de la diferencia-- ción entre nacionales y extranjeros, sobre todo por el con-- vencimiento de que en ciertos casos puede resultar efectiva-- mente complejo o imposible el conocimiento de la tipificación concreta de la infracción(v.g. algunas faltas reguladas en -- los reglamentos locales) y que, por tanto, deviene relevante el desconocimiento o ignorancia de la ley penal, nos atreve-- ríamos a proponer dos reflexiones. Ambas, evidentemente no -- serían de aplicación a los extranjeros domiciliados en el -- país o cuya permanencia fuese prolongada, sino tan sólo a -- los visitantes, transeúntes o sujetos temporalmente afinca-- dos en Estado distinto al suyo.

La primera consiste en aceptar la no aplicación de la ley territorial al extranjero si el hecho es de mínima grave-- dad y siempre que no se halle tipificado como tal en su ley nacional o en la ley del lugar de su residencia, si fuesen -- distintos. En tales supuestos, cabría justificar la quiebra de la potestad soberana sobre la base de su escasa alarma y conmoción social y en la operatividad de la ignorancia de la ley.

La segunda, en admitir, en defecto de la anterior y pa-- ra los mismos supuestos, una excusa absolutoria derivada del

desconocimiento del Derecho territorial. De lege ferenda tal vez esta segunda provocaría una menor perturbación de los -- principios técnicos-jurídicos y además podría ser condiciona da a una presunción iuris tantum.

Estas diferencias de menor relevancia vendrían a unirse a aquellas otras que por razones de política-criminal diver- sas se contienen en la práctica totalidad de las legislacio- nes nacionales. Así, v.g. en la española, la dispuesta en el antiguo artículo 334 de la LOPJ de 1870, privilegio personal que concedía la inmunidad jurisdiccional a cierta clase de - extranjeros "que unían a tal cualidad la de autoridad o re-- presentación"¹⁴ (hoy, implícitamente dispuesto en los arts. 21.2 y 23.1 de la LOPJ de 1985); o la distinción a efectos - de la imposición de la pena de pérdida de la nacionalidad es pañola (art. 34 del Código Penal); o la desvirtuación de la paridad en cuanto a la aplicación del derecho de expulsión - de los extranjeros; sin necesidad de precisar ahora, cómo en otros ciertos casos, la cualidad de ciudadano español o ex-- tranjero es un elemento de la tipicidad del delito mismo; -- dando con ello por tierra a la contundente aseveración de la paridad de nacionales y extranjeros.

14 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, Tomo II, pág. 21.

II. EL TERRITORIO EN SENTIDO JURIDICO-PENAL: ELEMENTOS.

Ya dejamos sentado en la primera parte de este trabajo -- que, desde la perspectiva del Derecho penal no cabía utilizar un concepto estrictamente geográfico, físico o real de territorio, sino que por el contrario había que tomar en cuenta -- un concepto más amplio en el que junto a aquél, se comprendiesen otros espacios sometidos a la soberanía estatal; hasta llegar a conformar una noción específica de territorio, -- el territorio en sentido jurídico-penal.

Aceptando la consideración de territorio en este sentido que nos interesa, con aquella configuración tradicional unánimemente plasmada en el común de las legislaciones nacionales, procedemos a determinar y estudiar en este apartado su concreto régimen, extensión y peculiaridades. La importancia de la materia es obvia, por cuanto la exacta delimitación de los límites territoriales condiciona precisamente el concreto ejercicio de la soberanía estatal y como consecuencia el ámbito de aplicación territorial de la ley penal.

Añadimos al análisis de los elementos actualmente constitutivos del territorio, aquellos otros previstos en definiciones clásicas¹⁵, hoy superadas, que incluían por un lado los

15 Como las de JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado II, cit, pág. 772; SANCHEZ TEJERINA, I. Ob, cit, pág. 137 o ROVIRA CARREIRO, P.I. Ob, cit, pág. 128.

distritos consulares en regímenes de capitulaciones haciendo referencia a prácticas coloniales vigentes en los países con siderados fuera de la cristiandad, y por otro lado, dada su excepcionalidad, a las colonias o territorios protegidos y a los territorios ocupados militarmente, en cuanto restos o -- vestigios de interés histórico.

No efectuamos distinción, por razones metodológicas, en-- tre territorio real o natural (esto es, suelo o tierra firme) y territorio jurídico o de fictio iuris (subsuelo, aguas in-- teriores, mar territorial, espacio aéreo, buques, aeronaves, colonias y territorios protegidos, distritos consulares en -- regímenes de capitulaciones y territorios extranjeros ocupa-- dos militarmente), dado que partimos de agruparlos a todos -- en el concepto amplio de territorio en sentido jurídico-penal

A. SUELO O TIERRA FIRME.

Es aquella parte, porción o trozo de la superficie te-- rrestre que, encerrada dentro de las fronteras del Estado¹⁶ se halla sometida a la soberanía de éste¹⁷. Precisamente la determinación de la extensión de esta superficie geográfica

16 SAINZ CANTERO, J.A. precisaba más con la expresión "dentro de las fron-- teras del Estado, reconocidas por la comunidad internacional". Ob, cit, pág. 175.

17 TEZCAN, D. Ob, cit, pág. 15

viene establecida por el llamado "límite o frontera terrestres"¹⁸.

Obviamente, en este concepto se comprende, tanto el territorio continental, como el insular, o los territorios de ultramar, que estén sometidos a la plena soberanía de un Estado.

La única problemática específica que puede plantear esta parcela de la soberanía estatal, deriva de la defectuosa demarcación de las fronteras entre países vecinos o limítrofes, o de los litigios históricos entre Estados sobre la pertenencia a uno u otro, de ciertos territorios, generalmente alejados geográficamente del territorio base o principal. -- Mas éstos son temas de Derecho internacional público que -- aquí no nos compete enjuiciar.

B. SUBSUELO.

Es aquella zona subyacente tanto al suelo o superficie terrestre como al mar territorial¹⁹, que se halla sujeta a -

18 Vid, voz "Fronteras" en N.E.J. Seix, donde ARJONA COLOMO, M. estudia -- los sistemas y medios de delimitación fronteriza. Vol. X, 2ª ed., 1971, págs. 176 y ss.

19 El art. 2º de la Convención de Ginebra de 1958 extiende la soberanía del Estado ribereño al espacio aéreo situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar. De igual modo el art. 2.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de Montego Bay, de 10 de diciembre de 1982.

la soberanía estatal.

Las dificultades que presenta delimitar exactamente esta zona, por la evidente correlación existente entre el efectivo ejercicio soberano de ésta y la disponibilidad de medios, instrumentos o recursos de índole técnica que lo posibiliten, hacen que su configuración sea elástica e imprecisa. En efecto, la imprecisión surge cuando se define su extensión indicando que comprende horizontalmente toda aquella parte de la tierra por debajo de la superficie terrestre y mar territorial, y que verticalmente halla su límite en el punto en que pueda ejercitarse la actividad humana o, mejor aún, el poder del Estado²⁰. La elasticidad parece implicada por la diferente capacidad humana o estatal en limitar la profundidad de este espacio.

C. AGUAS INTERIORES.

Se comprenden en ellas los ríos, lagos, lagunas, bahías o cualesquiera otros elementos naturales pluviales, que discurren o se estancan dentro de las fronteras que delimitan -

20 De esta forma nos precisan el concepto y extensión del subsuelo la mayoría de los autores, así v.g. MANTOVANI, F. ob, cit, pág. 825; RANIERI, S. ob, cit, pág. 72; MUSSOTTO, G. ob, cit, pág. 438; o MAGGIORE, G. ob, cit, pág. 217, señalan como límite aquel en el que pueda ejercitarse la actividad humana; en tanto ANTOLISEI, F. ob, cit, pág. 96, añade a éste el punto en que pueda ejercitarse el poder del Estado; y SAINZ CANTERO, J.A., subraya que es también hasta donde el Estado puede desarrollar su soberanía", ob, cit, pág. 175.

la soberanía del Estado²¹.

La problemática que plantea la delimitación de estos espacios en el caso de que constituyan aguas fronterizas o limítrofes, suele estar resuelta por el procedimiento de la línea que alcanza mayor profundidad, denominada thalweg o - down way en lengua inglesa, y que puede traducirse por v-- guada o cauce más profundo. Este sistema, es el que ha pri-- mado en la demarcación de esta zona desde principios del si-- glo pasado en el Derecho internacional, aunque pueden esta-- blecerse otros, modificativos de este criterio en Convenios internacionales²².

D. MAR TERRITORIAL.

Aunque aparece indubitadamente reconocido un cierto es pacio o parte del mar como sujeto a la soberanía del Estado ribereño, examinamos brevemente su denominación, concepto, -

- 21 En el Derecho internacional, el art. 1º de la Convención de Ginebra de - 1958 y el art. 2º de la de las NN.UU. de 1982, sobre este punto, recono-- cen explícitamente la soberanía del Estado sobre estas aguas interiores, en tanto que los arts. 5.1º y 8.1º respectivamente, de aquellas, estable-- cen que las aguas interiores situadas dentro del mar territorial forman parte de las aguas interiores del Estado. Sobre las aguas interiores ma-- rinas. Vid. LACIETA MUÑOZ, J.M. Aguas interiores y bahías, en la actual revisión del Derecho del Mar. Una perspectiva española. I.1ª parte. Ins-- tituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, págs. 203 y ss. Esta zona de aguas interiores marinas se consagra como de soberanía del Estado ribere-- ño, implícitamente, en la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, - art. 2.1º.
- 22 Vid. al respecto, precisiones de ARJONA en el trabajo citado en nota 18. Recogen este sistema, entre otros JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 777 y FIERRO, G., ob, cit, pág. 69.

fundamento y características específicas respecto de otras zonas marítimas.

a) Denominación.

La denominación más extendida y usual y la que ha alcanzado categoría jurídica a través de Convenios internacionales es la utilizada en este encabezamiento. De cualquier modo también se denomina de muchas otras formas: mar litoral, mar nacional, mar adyacente, mar costero²³, mar marginal, -- mar próximo²⁴, mar jurisdiccional o aguas jurisdiccionales. Con independencia de la corrección terminológica del empleo de cualquiera de estos términos, consideramos, coincidiendo con FIERRO²⁵, que la terminología más adecuada es la que utilizamos, básicamente por las razones apuntadas, siendo como es, por otra parte, la que prevalece en la doctrina española²⁶

23 Esta es, junto a la de mar territorial, la calificación utilizada habitualmente por la doctrina italiana. Vid. MANIOVANI, F., ob, cit, pág. - 824, GRISPIGNI, F., ob, cit, pág. 143 o PESSINA, E. Enciclopedia, cit, -- pág. 47.

24 Vid. MESEGUER SANCHEZ, J.L. Mar territorial, en Nueva Enciclopedia Jurídica *Seix*. Vol XV, 1958, pág. 867.

25 FIERRO, G., cit, pág. 73.

26 Así, v.g. CEREZO MIR, J. Derecho penal, ob, cit, pág. 234; CUELLO CALON, E. Derecho penal, cit, pág. 239, en tanto que otros, aisladamente, emplean denominaciones diversas, caso de JIMENEZ DE ASUA, L. "aguas jurisdiccionales y mar litoral" Tratado, II, cit, pág. 774; PUIG PEÑA, F. -- "mar litoral", cit, pág. 145. Distinguía, por el contrario, ROVIRA entre mar territorial "formado por los golfos, radas, bahías y en general las aguas que están rodeadas por las posesiones de un sólo Estado" y mar litoral "zona de agua comprendida entre la línea de la costa y otra línea ficticia trazada paralelamente a cierta distancia de la anterior y que se considera como el límite extremo de las fronteras marítimas de cada Estado", observando entre ambas, diferencias no sólo topográficas o descriptivas, sino jurídicas ya que "los mares territoriales pertenecen al Estado a título de propiedad, y los litorales por... razón de soberanía, esto es, como garantía de la propia soberanía territorial... y como medio de proteger sus intereses fiscales" ROVIRA CARRERO, P.I., cit, pág. 131. En la actualidad, los términos y contenidos a que alude este autor aparecen unificados y comprendidos en el que nos parece más adecuado.

b) Concepto.

Se define como mar territorial la zona o franja de mar²⁷, contigua o adyacente al territorio de un Estado sobre la cual éste ejercita su soberanía²⁸.

De acuerdo con esta conceptualización, puede perfectamente indicarse que la frontera marítima del Estado que posee litoral se ha de trazar en la línea del mar que determina el límite de la extensión del mar territorial. Sobre dicha zona, cada Estado ejerce plenamente su soberanía y, de conformidad con el Derecho internacional la exclusividad de su potestad no le permite impedir el derecho de paso inofensivo

27 Vocablos utilizados en las Convenciones de 1958 y de 1982, respectivamente, que estipulan: art. 1º de la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua: "La soberanía de un Estado se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, a una zona de mar adyacente a sus costas, designada con el nombre de mar territorial". Art. 2.1º de la Convención sobre Derecho del Mar "La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores, y en el caso del Estado archipiélago, de sus aguas archipiélagas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial". A juicio de MARTINEZ CARO, "la virtualidad de la expresión "mar territorial" reside en que asocia conceptualmente una determinada zona del mar con el territorio del Estado. Por el contrario, la formulación de Ginebra distingue el mar territorial y las aguas interiores del Estado -(igual que la Convención de 1982, añadimos)-, pareciendo tener de éste una noción restringida a la masa sólida terrestre". MARTINEZ CARO, S. Mar territorial: Naturaleza, anchura y delimitación, en la actual revisión del Derecho del Mar, cit, I, 1ª parte, págs. 235 y ss.

28 Otras definiciones similares indican que "es aquella zona marítima que -por llegar a las costas se llama mar territorial o litoral", JIMENEZ DE ASUA, L, Tratado, II, pág. 774; En la doctrina italiana se suele describir diciendo que es "el espejo de agua que circunda la costa hasta el límite exterior del mar territorial" como señala MANTOVANI, F., ob, cit, -pág. 824 o "el espejo de agua que ciñe la costa y que se adhiere al territorio del Estado" como hace MAGGIORE, G., ob, cit, pág. 216 o "la franja de mar costero equiparada al territorio", al decir de CONFORTI, G. -- Vid. Enciclopedia del Diritto, vol XXV, voz "Mare territoriale". TEZGAN lo define como "un cierto espacio del mar al lado de sus costas"ob, cit, pág. 167.

de barcos de guerra o mercantes²⁹, aunque si le posibilita para adoptar cuantas medidas sean convenientes o necesarias a fin de evitar la perturbación de su seguridad y de su orden público, y de obligar al respeto de las leyes y disposiciones que haya dictado reconocidas por el Derecho internacional.

La Convención de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua, en sus artículos 14 a 17, y la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, en los artículos 17 y siguientes, establecen precisamente como limitación al ejercicio del poder del Estado ribereño el pasaje inofensivo, aunque con la obligación de observar las leyes y reglamentos emanados del Estado costero, relativos, particularmente, a la navegación³⁰.

c) Fundamento.

La justificación aducida para extender la soberanía del Estado sobre esa franja costera, afirmada en la praxis internacional en una época relativamente reciente, pues se -

29 Esta opinión sostenía GARCIA ARIAS señalando que el "derecho de tránsito inocuo de los buques de guerra extranjeros a través del mar territorial, en tiempo de paz, es un auténtico derecho y no una simple tolerancia, si bien deben ser tenidas en cuenta las circunstancias excepcionales por las que pueda atravesar el Estado ribereño para reglamentar el tránsito". GARCIA ARIAS, L. Estudios sobre relaciones internacionales y Derecho de gentes. Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1972, pág. 303.

30 Vid. trabajo de CONFORTI, B. citado en Enciclopedia del Diritto, pág. - 657 y especialmente GONZALEZ CAMPOS, J.D. Navegación por mar territorial incluidos los estrechos, en la actual revisión del Derecho del Mar, cit, I, 1ª parte, págs. 285 y ss. En concreto y referido al llamado paso inocente, vid, pág. 321 a 353.

hace datar, de la promulgación de la ley británica, conocida como la Territorial Waters Jurisdiction Act de 1878³¹, se explica sobre dos razones esenciales: por un lado, en la necesidad de mantener la seguridad del Estado limítrofe, o lo que es igual por razones de defensa³², y por otro, a efectos sanitarios y fiscales que como indica JIMENEZ DE ASUA, cada Estado ejercita "mediante disposiciones legislativas y reglamentarias, tuteladoras del orden público, de la sanidad pública, de sus aduanas, de su pesca, de su navegación, e impidiendo, además, la permanencia en sus aguas de buques de guerra extranjeros sin el cumplimiento de determinados requisitos, así como haciendo respetar en esa zona marítima la neutralidad adoptada en la guerra con otros Estados"³³.

En definitiva, el fundamento esencial de la extensión de la soberanía a esta zona, se halla en razones defensivas, protectoras de la seguridad del Estado costero³⁴.

- 31 Dictada, como indica MARTINEZ CARO "para colmar el vacío que había descubierto la decisión en el caso Franconia, según el cual los Tribunales ingleses no tenían jurisdicción sobre delitos cometidos por extranjeros en el mar territorial". Vid. MARTINEZ CARO, S. Cit, pág. 239.
- 32 A esta razón se refieren FIORE, P., ob, cit, pág. 7, PESSINA, E., ob, cit, pág. 47 y MERLE y VITU, ob, cit, pág. 352.
- 33 JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 774.
- 34 Acertadamente MESEGUER SANCHEZ, J.L. se refiere a dos órdenes distintas de causas, como fundamento o razón de ser del mar territorial: "políticas o de defensa, unas; económicas, otras". De la combinación de ambas -dice- o de la preeminencia de unas sobre las otras, depende el concepto que en cada época se ha tenido de dicho espacio marítimo". En cualquier caso, concluye, el mar territorial propiamente dicho se configura como zona "reducida a efectos defensivos". Vid. su trabajo citado en Enciclopedia Jurídica Seix, pág. 867.

d) Extensión.

Una compleja y complicada sucesión de teorías, mediante el empleo de diversos y diferentes elementos, se han sucedido históricamente, tratando de fijar la extensión del mar territorial, antes de que se fijara su anchura jurídicamente mediante disposiciones internacionales.

a'.- Antecedentes históricos.

En una primera etapa parece ser que se trazaba la distancia de esta zona del mar costero, tomando como referencia la distancia máxima hasta la que podía llegar una piedra lanzada con la mano, o una flecha. La indeterminación siguió latente con las tesis sostenidas por autores del siglo XIV, hasta 60 millas; del siglo XV, en el que BARTOLO mantenía la de 100 millas, o por otros que en los siglos XVI y XVII sostenían distintas distancias³⁵.

En una segunda etapa, a partir del siglo XVIII, se acentúa la configuración jurídica del mar territorial por medios diferentes, gracias sobre todo a BYNKERSHOECK, considerando "el primer autor al cual se debe el concepto de mar

35 V.g. ROIU, 30 leguas; VALIN, hasta el sitio en que la sonda no tocara el fondo; RAYNEVAL hasta donde llegase la vista humana; LOCCENIUS dos días de marcha; SARPI 100 millas, y GROCIO hasta el lugar donde "desde la tierra pueden ser forzados los que se hallen en paraje próximo al mar, no menos que si se hallasen en la misma tierra". Vid. ARJONA COLOMO, M., -- Fronteras, cit, pág. 181 y JIEMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 775.

territorial en sentido moderno"³⁶. Este, al igual que otros posteriormente, propone la distancia a la que llegue el disparo de un cañón, aproximadamente en aquellos tiempos tres millas³⁷.

Esta teoría, según la cual la extensión de la soberanía del Estado sobre el mar territorial adyacente a -- sus costas, cesa cuando no puede ser ejercida de hecho, de acuerdo con el alcance del fuego de un cañón de alcance máximo³⁸, o con la explosión de las máquinas de guerra, decae hacia finales del siglo XVIII. Desde este momento se fija en tres millas marinas a partir de la costa, estableciendo dicha distancia por vez primera la Territorial Waters Jurisdiction Act citada. Más tarde esta distancia o extensión fue mantenida en un buen número de Convenios³⁹.

36 La frase es de CONFORTI, B., en *Mare territoriale*, cit, pág. 651, vid en éste detallada relación de las fases históricas por las que atravesó su delimitación. Págs. 651 y ss. Vid. también, MARTINEZ CARO, S. cit, págs. 245 y ss.

37 Así, VATTEL, AZUNI, HELFTER, BLUNTSCHILI o FIORE, estimaron como indica JIMENEZ DE ASUA, L. "que debía extenderse hasta donde el Estado pudiera temer ser ofendido y hasta donde llegasen los medios para hacer respetar su voluntad y su soberanía; es decir, que se extendió hasta el máximo alcance de un disparo de cañón: potestad terre finitur ubi finitur armorum vis, dijo GROCIO". Tratado, cit, pág. 775. *Terrae dominium finitur, ubi finitur armorum vis*, o *Quousque mari e terra imperari potest*, señalaba BYNKERSHOECK, en CONFORTI, B., cit, pág. 652.

38 Vid. FIORE, P. Tratado, cit, pág. 7

39 Como el Convenio de la Haya de 6 de marzo de 1882, de Constantinopla de 29 de octubre de 1888, o en el anglonorteamericano de 18 de noviembre de 1901. Vid. Bibliografía citada en las dos notas anteriores.

b'.- Situación actual.

Si bien la Convención de Ginebra de 1958 no llegó a reglamentar internacionalmente una extensión determinada, por lo que cada Estado delimitó a su arbitrio aquella extensión, la Convención de 1982 establece un límite máximo en su artículo 3, que no puede exceder de 12 millas marinas⁴⁰. De esta manera, a nivel internacional se define jurídicamente, mediante una línea imaginaria fija la anchura de esta zona sometida a la plena soberanía estatal.

e) Características.

Debe diferenciarse, debido al distinto régimen jurídico imperante en cada una de ellas, entre mar territorial y zona contigua, zona económica exclusiva, plataforma continental y alta mar. En tanto que las cuatro primeras quedan sometidas, en diferente medida, a la autoridad y poder estatal - ribereño, la última pertenece libremente a todos los Estados.

a'.- Zona contigua.

Es una zona inmediata al mar territorial⁴¹, cuya anchura máxima no puede superar las 24 millas marinas des

40 Vid. las diferentes concepciones sobre esta delimitación en TEZCAN, D. ob, cit, págs. 169 y 170.

41 Vid. precedentes de esta zona, en MESEGUER SANCHEZ, J.L., cit, 877-878. y RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. Conducción de mercancías en buque no reglamentado, en Comentarios a la legislación penal, Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando, Edersa, Madrid, 1984, págs. 191 y ss.

de la línea de base, a partir de la cual se mide la anchura del mar territorial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, - en la que el Estado ribereño puede adoptar las medidas de -- fiscalización siguientes, para: "a) prevenir las infraccio-- nes de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmi-- gración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial; b) sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territo-- rial"⁴².

b'.- Zona económica exclusiva.

Es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, que no se extenderá más de 200 millas ma-- rinas, en la cual el Estado ribereño goza de los siguientes derechos y jurisdicción, conforme estipulan los artículos 56 y siguientes de la Convención sobre Derechos del Mar citada: "a) derechos de soberanía para los fines de exploración, con-- servación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y -

42 El artículo 24 de la Convención de Ginebra de 1958, que no llegó a establecer límites precisos para esta zona, prevé la adopción de medidas parecidas, a saber: "a) evitar las infracciones a sus leyes de policía aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria que pudieran cometerse en su territorio o en su mar territorial; b) reprimir las infracciones de esas leyes, cometidas en su territorio o en su mar territorial".

del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; b) jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de esta Convención, con respecto a: i) el establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, ii) la investigación científica marina; iii) la protección y preservación del medio marino; c) otros derechos y deberes previstos en esta Convención".

c'.- Plataforma continental.

Conforme dispone el artículo 76 de la Convención de 1982, comprende "el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia"⁴³.

43 Vid. Sobre el tema AZCARRAGA BUSTAMANTE, J.L. Plataforma continental: - Naturaleza, anchura y delimitación en la actual revisión del Derecho del Mar, cit, I, 2ª parte, págs. 189 y ss, aún cuando el trabajo es anterior a la Convención de 1982.

En esta zona, el Estado ribereño ejerce "derechos de soberanía a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales", con carácter exclusivo "en el sentido de que, si el Estado ribereño no explora la plataforma continental o no explota los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender estas actividades sin expreso consentimiento de dicho Estado"⁴⁴.

d'.- Alta mar.

Aunque no hayan faltado intentos de sometimiento de esta zona del mar a la soberanía estatal⁴⁵, lo cierto es que el principio de comunidad y de libertad de los mares ha sido defendido como un axioma del Derecho internacional positivo por numerosos autores, antes de llegar a reconocerse a ese nivel en las Convenciones que venimos citando.

Defendido por VAZQUEZ DE MENCHACA y por HUGO GROCIO⁴⁶, entre otros, el principio de que la alta mar no pue

44 Artículo 77 de la Convención de 1982. Los artículos 1 y 2 de la Convención sobre esta zona de Ginebra, establecían el mismo régimen, aunque sin precisar el límite máximo de su anchura. CANSANCCHI, G. la define como "prolongación automática de la soberanía costera", Vid, Istituzioni di diritto internazionale pubblico. Torino 1979. Pág. 147. FIERRO la denomina "plataforma submarina o continental shelf"; ob, cit, pág. 79. Otras denominaciones como "plateau continental" o "sockel continental", en HERRERO RUBIO, A. Libertad de los mares, en Nueva Enciclopedia Jurídica -- Seix, Vol. XV, 1958, pág. 406.

45 Vid, ejemplos de esos intentos en ROVIRA CARRERO, P.I., ob, cit, pág. 130

46 El jurista holandés argumentaba esta libertad de navegación en la alta mar diciendo "que el mismo Dios que rodeó de tierras el océano por todas partes y hacia todas partes, lo hizo navegable, y los vientos tranquilos o violentos no soplan de la misma región siempre y no de otra; todo esto ¿no significa que por la misma naturaleza se ha concedido a todas las naciones el acceso a todas ellas?. En "De la libertad de los mares". C.E. Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 63.

de ser exclusivo dominio de nadie; en la actualidad, tanto - la Convención de 1958 de normas referentes a la misma, como la de 1982, reconocen que es "una zona abierta a todos los - Estados", y por lo tanto independiente y libre de cualquier soberanía⁴⁷.

E. ESPACIO AEREO.

De igual modo que en el apartado precedente, trazamos el análisis de esta parte de la soberanía estatal, siguiendo idéntica sistemática, y partiendo de la innegable evidencia del reconocimiento de que una cierta extensión del aire queda sujeta a la potestad territorial del Estado subyacente⁴⁸.

47 Vid. bibliografía sobre el tema, y en particular: Libertad de los mares, por Alejandro Herrero Rubio. En la misma obra, trabajo sobre la noción - "Mar" de J.L. Meseguer Sánchez, citado. También, en Enciclopedia del Derecho, vid. "Mare libero" de B. Conforti, citado.

48 Al menos actualmente no se discute. Históricamente sí se ha negado ésta sobre la base de la intangibilidad del aire, entendiendo que si el aire no es susceptible de apropiación, ha de reconocerse la libertad del aire. Esta tesis, defendida por distintos autores extranjeros, como WHEATON, BLUNTSCHLI, PRADIER-FODERE, STEPHAN, NYS, HILTY, MEILI y FAUCHILLE, es compartida en nuestra Patria por ROVIRA "por ser la más racional y la que se compece mejor con la naturaleza física de la propia atmósfera, con las exigencias de la locomoción aérea y con los intereses generales de los Estados". Vid. ROVIRA CARRERO, P.I., cit, pág. 152. Con innegable acierto TAPIA SALINAS, L. distingue los conceptos aire y espacio aéreo, entendiendo "por el primero, el elemento etéreo, imponderable e inapropiable, sin límites conocidos y no susceptible de dominio ni soberanía. Queremos expresar con el segundo, una cierta parte, concreta con límites conocidos y capaz de ser fijada, susceptible, por tanto, de dominio y soberanía". Curso de Derecho aeronáutico. Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 106. Vid. con carácter general sobre este punto, LEANZA, U. Spazio aéreo, en Novissimo Digesto italiano, Vol. XVII, 1970, págs. 1066 y ss. con abundantisima bibliografía internacional.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

a) Denominación.

Preferimos utilizar la denominación "espacio aéreo", por ser la usada convencionalmente⁴⁹ y aún doctrinalmente, y ello a pesar de que dichas palabras no reflejen exactamente a qué se refiere, y aunque en la literatura al respecto se distinguan otros términos como el de espacio atmosférico. En realidad, el problema terminológico se plantea por la difícil delimitación de su extensión, que no permite diferenciar nítidamente dónde termina el llamado espacio aéreo y dónde comienza el llamado espacio extra o ultraterrestre, también -- llamado espacio superior o interplanetario, o cósmico, o dicho de otra forma, la oposición entre espacio atmosférico y extraatmosférico⁵⁰.

b) Concepto.

Definimos el espacio aéreo como aquella parte o -- trozo del espacio situado inmediatamente por encima de la su perficie terrestre y del mar territorial⁵¹.

49 Término acuñado en distintos Convenios internacionales, como el de Chicago de 1944.

50 A estos espacios alude FIERRO, G. Vid, ob, cit, pág. 82.

51 Definición similar a la de A. ONECA, J. que señala "espacio superpuesto al territorio y a las aguas territoriales". Ob, cit, pág. 115. El denominado "espacio aéreo territorial" por HERRERA ESTEBAN, L. Jurisdicción penal sobre el espacio aéreo, en Revista Española de Derecho internacional, 1958, pág. 546.

Engloba, por lo tanto, una zona o "columna perpendicular de aire"⁵² sobre "las capas atmosféricas que envuelven el territorio y el mar costero" de un Estado⁵³, en la que éste ejerce su plena y exclusiva soberanía⁵⁴, respecto de todas las actividades que puedan realizarse en ella, fundamentalmente las aeronáuticas⁵⁵, y reconociendo el derecho de tránsito que prevé y regula el artículo 5 del Convenio de Chicago de 1944, y las salvedades respecto de zonas prohibidas de vuelo a las que cada Estado puede "por razones de necesidad militar o de seguridad pública" acudir, para restringir o prohibir aquél, conforme dispone el artículo 9⁵⁶.

52 Denominación de JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 784; ROVIRA CARRERO, P.I. Ob, cit, pág. 143 o de MAGGIORE, G. Ob, cit, pág. 217.

53 Precisión efectuada por JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 784.

54 Así, el art. 1 de la Convención de Chicago de 1944 establece "Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio". En tanto que el art. 2 define como territorio a estos fines "las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado".

55 Vid. FIERRO, G., ob, cit, pág. 81.

56 Vid. en detalle derechos de soberanía sobre el espacio aéreo territorial en GARCIA ESCUDERO, J.M. "Las libertades del aire y la soberanía de las Naciones", Ministerio del Aire, C.S.I.C. Madrid, 1951, págs. 51 y ss. -- MAPELLI, E. resume la potestad soberana sobre esta zona, hasta una altura limitada por la posibilidad, con las salvedades aludidas, señalando -- "que, en efecto, los Estados ejercen un indiscutible derecho de soberanía, con todos los atributos que a ella son inherentes, sobre la columna atmosférica que se levanta sobre su territorio y aguas jurisdiccionales; soberanía que ha de ejercerse de manera privativa, pero coordinándola -- con unos derechos inmanentes, nacidos de la naturaleza y que corresponden a la humanidad; coordinación que ha de hacer posible, con arreglo a normas y definiciones, la navegación aérea civil y pacífica". Violación del espacio aéreo e interceptación de aeronaves, en Boletín del Ministerio de Justicia, nº 1.355 de 5 de agosto de 1984, pág. 8.

Con las dificultades que el tema impone, también -- aquí puede hablarse de una frontera aérea, a partir de la -- cual el espacio aéreo queda libre de la soberanía de un Estado, o de cualquier Estado⁵⁷.

c) Fundamento.

La justificación esencial que puede utilizarse para extender la soberanía estatal a este ámbito, reside en razones de seguridad, y como consecuencia, en razones de defensa ante posibles agresiones que provengan del espacio aéreo⁵⁸. Es, efectivamente, la constatación de que también desde el -- aire es posible realizar acciones delictivas, agresiones, lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, lo que produce la ampliación del concepto de territorio a este medio, para de esta forma, asegurarse el poder estatal la represión de aquellas conductas. La relativización de este efectivo dominio que garantice la seguridad no puede, sin embargo, ponerse en duda, dada por una parte la imposibilidad de determinar con precisión sus contornos o extensión, y por otra -- parte, la evidencia de que toda la problemática derivada de la aplicación de las leyes penales suscitada en este ámbito,

57 Vid. Trabajo de ARJONA COLOMO, M., cit, págs. 181-182.

58 Fundamento esgrimido también por JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, ob, cit, pág. 784; ROVIRA CARRERO, I., ob, cit, pág. 152; MANZINI, V. Tratado, ob, cit, pág. 433; ANTOLISEI, F., ob, cit, pág. 97; MUSSOTTO, G., ob, cit, - pág. 438; MANIOVANI, F., ob, cit, pág. 825 o DEAN, F., ob, cit, pág. 214.

se halla unida a la de las aeronaves que lo sobrevuelan⁵⁹.

d) Extensión.

Históricamente se han barajado innumerables teorías con la pretensión de delimitar con precisión tanto la extensión de la soberanía estatal sobre el espacio aéreo, cuanto delimitar adecuadamente el poder del Estado sobre su zona -- aérea⁶⁰.

a'.- Antecedentes históricos.

Pueden advertirse, esquemáticamente, dos gran-

59 En particular, puede ponerse de manifiesto, incluso cómo la Convención de Chicago de 1944 no establece "y ello ha sido fuente de conflictos y confrontaciones -expone MAPELLI-, las consecuencias de las infracciones que puedan ser cometidas en orden a la violación del espacio aéreo volando cuando ha sido vedado por razones extraordinarias, no respetando la prohibición establecida para ciertas zonas o no acatando las órdenes que para un aterrizaje se imparte a la aeronave. La actuación que ha de llevar a cabo el Estado afectado se silencia en la Convención de Chicago". MAPELLI, E. Violación del espacio aéreo, cit, pág. 12.

60 Vid. referencias de doctrinas jurídicas de delimitación sobre el espacio aéreo en el trabajo de ARJONA COLOMA aludido. Más sucintamente, también en MAPELLI, E. "Violación del espacio aéreo", cit, siguiendo la exposición de VIDELA ESCALADA, págs. 4 y 5, y en especial TAPIA SALINAS, L. Curso de D. Aeronáutico, cit, págs. 113 y ss. Este autor, resume las diferentes doctrinas, de todo tiempo y nacionalidad, en esta triple agrupación: "1º. La de aquellos que fundamentan su postura en el predominio de la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo. 2º. La de los que por el contrario se muestran partidarios del principio de la libertad del aire. 3º. Los que pretenden armonizar ambas opiniones por medio de soluciones mixtas -guiadas por un evidente sentido práctico", pág 114, negando al rechazo, "tanto de la doctrina de la libertad como la de la soberanía aplicadas puramente y, por supuesto, las denominadas intermedias o mixtas", mostrando se partidario "con las que teniendo como base la soberanía, la atemperan y suavizan, sin embargo, haciendo posible la navegación aérea y los derechos de los Estados. Es decir: soberanía, pero con libertad de vuelo y pasaje inofensivo de las aeronaves". Pág. 123.

des posiciones en la literatura clásica sobre el tema. Una de ellas, que delimita el ámbito aéreo mediante el empleo de sistemas o medios de medición similares a los empleados respecto al mar territorial. La otra que postula la soberanía estatal ilimitada sobre toda la columna de aire que cubre el territorio. En tanto que la primera permite diferenciar dos espacios aéreos, uno territorial, sometido a la soberanía del Estado subyacente y otro libre en el que no impera ninguna soberanía; la segunda hace imposible toda diferenciación, puesto que no hay espacio libre⁶¹.

Defendiendo la posición de la limitación, autores como BINDING, HOLTZENDORFF, RIVIERE, MERINCHAS, ROLLAND, VON BAR, GAREIS y ROVIRA⁶², eran partidarios de efectuarla - "atendiendo al alcance de las armas disparadas desde tierra"⁶³. Frente a este sistema, se convenía en demostrar, entre otros inconvenientes, el de que debido a la ley de gravedad ésta - acaba anulando el impulso del explosivo, y por ello se estimaba más racional, establecer el límite máximo en la altura a la que un aerostato en condiciones normales podía llegar⁶⁴.

61 Junto a éstas, se halla, obviamente, la teoría de la libertad absoluta, citada en nota 48 que no tiene sentido incluir en este apartado.

62 Doctrina citada en JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, ob, cit, pág. 784.

63 Vid. ROVIRA CARRERO, P.I., ob, cit, pág. 148.

64 Esta era la idea que MANZINI aconsejaba a los partidarios de la referida tesis en la primera edición de su tratado, como expone J. DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 786. GARCIA ESCUDERO, J.M. aduce que la soberanía sobre el espacio aéreo "hasta una altura limitada únicamente por la posibilidad, se funda en necesidades notorias, tanto de orden militar como civiles y comerciales, y no puede ser científicamente sustituida por la atribución a los Estados de unos llamados derechos de conservación, que, en rigor, sólo pueden explicarse por la soberanía". Ob, cit, pag. 51.

Mayoritariamente la doctrina se decanta por la consideración de que toda la columna de aire sobrepuesta al territorio queda sometida a la soberanía estatal. Postulada por autores como VON LISZT, GRUNDWALD, ZITTELMANN, MANZINI, WESLAKE, MEURER, MEYER, KHOLER, VERDROSS, DE VISSHER, WOLF, DIENA, KELSEN, JIMENEZ DE ASUA, PUIG PEÑA o CUELLO CALON⁶⁵, encuentra su principal apoyo argumental en dos razones complementarias entre sí: la de que las aeronaves o medios de la técnica aeroespacial pueden acceder a distintas alturas, y la de que desde cualquier límite espacial o altura es posible lesionar los intereses estatales⁶⁶.

b'.- Situación actual.

Poco o nada ha cambiado en este concreto aspecto la situación actual respecto de la precedentemente descrita. En la actualidad, debido a la proliferación en los últimos veinte años, aproximadamente, de objetos aeroespaciales puestos en órbita por los Estados, podría incluso asegurarse la mayor generalización de aquella tesis partidaria de la limitación de la soberanía estatal sobre el espacio aéreo, toda vez que hoy es posible atacar la seguridad estatal desde

65 Doctrina citada en JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, ob, cit, págs. 786-787, PUIG PEÑA, F., ob, cit, pág. 147 y CUELLO CALON, E. ob, cit, pág. 242

66 De forma rotunda MANZINI, V. sostiene que "la soberanía exclusiva del Estado... se extiende ilimitadamente sobre toda la columna de aire sobrepuesta a la tierra firme, a las islas y a las aguas territoriales del mismo Estado", abonando su afirmación en el hecho de que "desde cualquier altura, a la cual pueda llegar una aeronave es posible la lesión o la puesta en peligro de ciertos intereses". Vid. Tratado, cit, págs. 432-433.

distancias mucho más alejadas de la Tierra. No es extraño, por ello, que la doctrina penal, y más en concreto la italiana, siga defendiendo esa idea de extender por arriba la potestad estatal hasta cualquier límite desde el que pueda -- ofenderse o defenderse el Estado⁶⁷. A ello contribuye la ausencia de una determinación jurídica adoptada nacional o internacionalmente acerca de límites en este ámbito⁶⁸.

e) Características.

De acuerdo con el Tratado de las Naciones Unidas de 27 de enero de 1967 -considerado la "Carta Magna del Espacio"⁶⁹-, sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, puede y debe entenderse que el espacio ultraterrestre es diferenciable del espacio aéreo, y se halla sujeto a un régimen jurídico distinto de éste.

En efecto, el artículo II de aquel Tratado establece que "el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros -- cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de nin

67 La opinión de ANTOLISEI, F. es que el espacio aéreo "se extiende hasta los extremos límites en los cuales existe posibilidad de ofensa o de defensa". Ob, cit, pág. 97. Más lejos aún MUSSOTTO, G., afirma que se extiende "también al espacio cósmico, hasta donde sea posible asegurar la actividad criminal que puede causar daño al Estado". Ob, cit, pág. 438.

68 El citado Convenio de Chicago no establece ninguna referencia que pueda servir de base sobre ello.

69 TRADIA SALINAS, L., Curso, cit, pág. 130.

guna otra manera". Todos ellos gozan del carácter de "res communis... humanitatis"⁷⁰. De este modo "ha quedado -como - indica CEREZO- superada la teoría, hasta entonces dominante, de que la soberanía estatal se extiende hasta las estre- --- llas"⁷¹ o "usque ad sidera" como decía R. DEVESA⁷². Ahora -- bien, con ello se sigue manteniendo la problemática suscita- da históricamente, puesto que en ningún texto se reconoce o "se establece criterio alguno, para delimitar el espacio aé- reo y el ultraterrestre"⁷³.

La ausencia de una concreción de qué debe entenderse por espacio ultraterrestre, dónde comienza, sobre todo, por cuanto la referencia a la Luna y otros cuerpos celeste no -- aclara nada, y por otra parte, la creencia de que aquella -- teoría de la ilimitación no pretendía abarcar también estas zonas del espacio hace que la problemática aludida se manten- ga plenamente vigente. Es más, a nuestro juicio, sigue sin - superarse la teoría comentada, o al menos, la disposición in- ternacional citada no le resta su argumento ni su pretensión

70 COCCA, A. El tratado del espacio a la luz de la Ciencia jurídi- ca. Estudios de Derecho internacional público y privado. Home- naje al Prof. Luís Sela Samplín. Universidad de Oviedo, 1970, pág. 660.

71 CEREZO MIR, J. Derecho penal, ob, cit, pág. 200.

72 RODRIGUEZ DEVESA, J.N. Derecho penal, cit, pág. 225.

73 Tampoco aclara nada la precisión explicitada por DEAN, F. de que "la moderna exigencia de la técnica y de la estrategia - defensiva han, en efecto, influido sobre la praxis internacio- nal, acentuando la orientación a reconocer la libertad y la - desvinculación del espacio supraestante, del casquete atmosfé- rico, de toda pretensión de soberanía, eventualmente avanzada de cada Estado". Ob, cit, págs. 214-215.

final⁷⁴. Otra cosa es que podamos decir que en la actualidad la problemática del espacio aéreo se halla en buena medida -obligada a un profundo replanteamiento -al margen de su delimitación-, toda vez que asistimos a rápidos progresos de la técnica aeroespacial -pacífica y no pacífica-, que eliminan las distancias y los límites con evidente facilidad, lo que permite hablar, en cierto modo, de su actual crisis⁷⁵.

F. PRINCIPIO DEL PABELLON.

a) Concepto.

En virtud de una ficción jurídica más se considera territorio del Estado a los llamados "territorios flotantes", esto es, a los buques que portan el pabellón o bandera del Estado, y a las aeronaves registradas en el mismo⁷⁶. En base a dicha ficción se aplica la ley penal nacional a las infraccio

74 La indeterminación sobre sus límites puede percibirse asimismo en el Convenio adoptado por Naciones Unidas de 12 de noviembre de 1974, relativo al registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, que en su artículo II, inciso 1, emplea las expresiones "órbita terrestre" o "más allá cuya ambigüedad e imprecisión no es preciso comentar.

75 A ella alude F. MANTOVANI "dados los avances de la astronáutica y de la colocación de satélites en órbita, que han ampliado enormemente los límites espaciales de posibilidad de ofensa o de defensa" Ob, cit, pág. 825.

76 Utilizamos preferentemente el vocablo de "buque" como sinónimo de "nave" por simple conveniencia y también por respeto al término usado en las Convenciones internacionales que regulan la materia. Vid. por otra parte, el tema de la "nacionalidad" de los buques y de las aeronaves, en la Convención de Ginebra sobre el alta mar de 1958, (arts. 5 a 7), y la Convención de Chicago de 1944 (art. 17). Doctrinalmente, puede consultarse, entre otros, KOJANEK, voz "Navigazione. Diritto interno y Diritto internazionale publico, en Enciclopedia del Diritto Vol XIVII, 1977, y GAETA, D. Voz -- "Nazionalità della nave e dell'aeromobile", Enciclopedia del diritto, mismo volumen. 1977.

nes delictivas que se cometan a bordo del buque o aeronave - "aunque el hecho -expone JESCHECK- haya sido cometido por un extranjero en (o sobre) territorio de soberanía extranjera o en (o sobre) alta mar"⁷⁷.

A partir de esta noción aparece una peculiaridad hasta ahora no consignada en los elementos configuradores del territorio. Nos referimos a la superposición de dos territorios, o si se prefiere, de dos soberanías. La razón es que el delito o la infracción cometida a bordo de un buque o aeronave, paradójicamente, puede haberse cometido hallándose la misma en territorio extranjero, v.g. puerto o mar territorial extraño -- (la nave), aeropuerto o sobrevolando espacio aéreo extraño -- (la aeronave). Bien puede decirse en estos supuestos, que la infracción al mismo tiempo se comete en dos territorios, o -- que tiene dos lugares de comisión: uno, el espacio de situación (territorio extranjero) en el que se halla, otro, la prolongación del territorio o territorio móvil representando por la nave o aeronave. En ambos casos, sin embargo, por aquella ficción -y a salvo de las excepciones que comentaremos oportunamente- será aplicable el poder punitivo estatal de la nacionalidad de la nave o aeronave, prescindiendo de la ley penal

77 JESCHECK, H.H. Tratado, I, cit, pág. 226. Asimismo, FROSALI, R.A. Territorialità della legge penale. Novissimo Digesto italiano. Vol. XIX. Torino, 1973, pág. 189, comentando la disposición del art. 4 del Código penal italiano que dispone: "Las naves italianas en alta mar o las aeronaves italianas en lugar o espacio no sujetos a la soberanía de ningún Estado son considerados como territorio italiano".

de la nacionalidad del territorio en el que se hallen.

Conviene, no obstante, tener en cuenta que el principio del pabellón o territorio flotante, no trata unitariamente a éste, sino que somete a un distinto régimen jurídico a las naves y/o aeronaves, según sean éstas públicas o privadas, y según donde cada una de estas se hallen. Por ello estudiamos por separado sus peculiaridades, siguiendo esas pautas.

b) Clases y régimen jurídico.

a'.- Buques públicos.

a'.'. - Concepto.

Tienen la consideración de naves o buques públicos o del Estado, como decía QUINTANO RIPOLLES, "en primer término, los de guerra y asimilados; pero asimismo los que desempeñan una función estatal, como los en misión o viaje -- oficial de un Jefe de Estado o representante diplomático", exceptuando, salvo "pacto expreso" los destinados al servicio de correos⁷⁸, aunque por efecto de algunos tratados internacionales también los buques postales se asimilaron en todo o

78 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, Tomo II, pág. 53.

en parte a los buques de guerra⁷⁹.

Esta definición deviene, a nuestro modo de entender, correcta con la letra de la Convención de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua en la que se distinguen buques mercantes, buques del Estado que no sean buques de guerra, con fines comerciales y no comerciales, y buques de guerra (artículos 18 a 23). Igualmente, con la Convención de Ginebra de 1958 sobre el alta mar, que en los artículos 6, 8 y 9, establece una doble distinción entre buques que naveguen con la bandera del Estado y los llamados buques de guerra, así como "buques pertenecientes a un Estado o explotados por él, y destinados exclusivamente a un servicio oficial no comercial".

De manera más clara y rotunda puede extraerse dicha conclusión de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, que diferencia entre buques mercantes y buques del Estado destinados a fines comerciales, y buques de guerra y buques del Estado destinados a fines no comerciales. (Subsecciones B y C, Sección III, Parte II).

Si bien, la primera Convención citada no

⁷⁹ Vid. ROVIRA CARRETO, P.I., cit, pág. 135. FIORE sostiene que la mejor regla "para resolver la cuestión de si los paquebots que hacen el servicio de transporte de los correos deben asimilarse a los buques de guerra o a los mercantes, es la consagrada en el tratado postal de 4 de septiembre de 1860 entre Francia e Italia". Según los términos de este Convenio, denunciado en 1883 y sin volver a renovar, el navío empleado para el correo se considerará buque de guerra perteneciente al Estado, fletado por cuenta del Estado o a lo menos subvencionado por el Gobierno. FIORE, P., cit, págs. 6 y 7.

precisa qué debe entenderse por buque de guerra, el artículo 8, inciso 2 de la Convención sobre la alta mar, entiende por tales "los que pertenecen a la marina de guerra de un Estado y ostentan los signos exteriores distintivos de los buques -- de guerra de su nacionalidad". Más formalista, la Convención de 1982, entiende en su artículo 29 por buques de guerra "to do buque pertenecientes a las fuerzas armadas de un Estado - que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de - oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares".

Por el contrario, ninguna de las tres Convenciones aludidas precisan qué debe entenderse por buques - del Estado que no sean de guerra, pues mientras los artículos 21 y 22 de la Convención sobre mar territorial se refieren a "buques del Estado explotados con fines comerciales" o "no - comerciales", el artículo 9 de la Convención sobre la alta - mar dispone que son "buques pertenecientes a un Estado o ex - plotados por él, y destinados exclusivamente a un servicio - oficial no comercial"; y la subsección II de la Convención - sobre Derecho del Mar utiliza la expresión "buques del Esta - do destinados a fines no comerciales". De acuerdo con las -- precedentes definiciones, no cabría incluir los barcos desti

nados al servicio postal en el concepto de buques públicos, - por cuanto tendrían carácter oficial pero comercial, y mucho menos a los buques del Estado con fines comerciales.

b' '- Fundamento.

Se halla la justificación de esta ficción de la extensión de la ley penal de la nacionalidad de la nave, en el reconocimiento de que estos buques son trozos o partes del territorio nacional⁸⁰, que representan al Estado a que pertenecen⁸¹.

Con independencia por ello, del lugar en el que se encuentren, dado el carácter soberano de las naves públicas, éstas quedan sometidas al poder punitivo del Estado de su nacionalidad, ya que puede estimarse que todos los delitos cometidos a bordo de ellas se consideran cometidos - en el territorio de dicho Estado.

La importancia esencial de estos buques, instrumentos de la seguridad y del interés del Estado, pare-

80 Así lo señalan, v.g. JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 791 y QUINTANO RIPOLES, A. Tratado, ob, cit, Tomo II, págs. 53; y CEREZO MIR, J. Derecho penal, 3ª ed. Ob, cit, pág. 235.

81 "Representan -señala P. FIORE- directamente la soberanía". Ob, cit, pág. 9. ROVIRA concebía así el tema de las naves militares: "permanecen siempre bajo el imperio de la ley del Estado a que pertenecen y del cual representan, unida a la potencia defensiva del propio territorio nacional, la personalidad del Derecho internacional; son verdaderas fortalezas -- flotantes que llevan en sí una parte del poder público del Estado bajo cuyo pabellón navegan". ROVIRA CARRERO, P.I., cit, pág. 134.

ce razón poderosa para fundamentar este tratamiento especial, aunque con ello se retringa la soberanía del Estado en cuyo mar territorial puedan hallarse.

c'.- Régimen jurídico.⁸²

1.- Mar territorial extranjero.

Tanto los buques del Estado destinados a fines no comerciales, como los buques de guerra, quedan en todo caso, excluidos de la jurisdicción penal del Estado soberano del mar territorial, por cuanto a ellos no les es de aplicación el artículo 19 de la Convención de Ginebra de 1958, como puede deducirse de los artículos 22 y 23 de la misma, y como establece el artículo 32 de la Convención de 1982. De los susodichos preceptos se concluye que sobre esta categoría de naves no hay otra jurisdicción que la del pabellón que enarbolan. Obviamente quebraría este principio, cuando se realizasen desde esos buques, actividades delictivas contra el Estado ribereño. De esta afirmación, deben quedar excluidas también las acciones delictivas que puedan perpetrar los miembros de la tripulación en tierra, por cuanto --

⁸² Véase con TEZCAN, D., ob, cit, perspectiva histórica de las sesiones del Instituto de Derecho internacional, afirmando la competencia del Estado del pabellón en lo que se refiere a estas naves, págs. 181-182.

éstas han sido cometidas ya en territorio real sujeto a soberanía diferente de aquel de la nave. Ello no obstante, es también cierto que la práctica internacional en supuestos delictivos de escasa relevancia realizados por el personal desembarcado en tierra, admite la entrega del delincuente al comandante del buque⁸³.

2.- Alta mar.

Fuera del mar territorial, el mar no queda sometido a la soberanía de ningún Estado. Por eso, con mayor razón los buques de guerra y los buques del Estado o explotados por él con fines exclusivamente oficiales, gozan en esta parte del mar de completa inmunidad de jurisdicción, quedando sometidos únicamente a la ley de su bandera. Así, lo disponen de forma inequívoca, tanto la Convención de Ginebra de 1958 (artículos 8.1 y 9, respectivamente), como la Convención de Montego Bay de 1982 (artículos 95 y 96, respectivamente).

b'.- Buques mercantes.

a' '- Concepto.

Entendemos bajo esta rúbrica tanto los -

⁸³ Esta práctica "es, --señala QUINTANO RIPOLLES-- una norma de simple courtoisèe (que) se recomienda por el Instituto de Derecho internacional". Tratado, Tomo II, ob, cit, pág. 53.

buques mercantes privados como los buques del Estado explotados con fines comerciales, por cuanto ambas clases de embarcaciones merecen la misma consideración y tratamiento jurídico al Derecho internacional, y más concretamente a las Convenciones de 1958 y 1982 reiteradamente citadas.

La inconveniencia del adjetivo "mercante" que denota su estricto carácter comercial, no parece razón suficiente para sustituirla por la de buques "privados", aduciendo en favor de esta última su carácter más generalizador que aceptaría con mayor propiedad la inclusión de las embarcaciones recreativas, o científicas, carentes en principio de sentido mercantil⁸⁴. En todo caso, nada obsta a su uso alternativo.

b'.- Fundamento.

La justificación de la sujeción de los buques de esta clase a la soberanía del Estado de su pabellón no puede ser unívoca, en tanto que según la localización espacial en la que se hallen, es preciso tener en cuenta el -- distinto régimen jurídico que les es aplicable.

Si su consideración como territorio del país al que pertenecen deviene de la ficción de ser "colonia

⁸⁴ JIMENEZ DE ASUA, L. prefería la denominación de buques privados por las razones expuestas. Vid. Tratado, II, cit, pág. 793. Sin explicar las razones, ese es, también, el término que utiliza TEZCAN, D. Vid. Ob, cit, pág. 131.

undis innatans"⁸⁵, parece que dicho aforismo solo procede -- cuando estos buques se hallen en la alta mar. Porque si la alta mar está libre de soberanías, nada impide que consideremos a los buques mercantes (como a los de guerra) con ANTON ONECA "islas pertenecientes a la nación de su pabellón"⁸⁶. Caso distinto representa su estancia o paso por mar territorial extranjero, que no puede fundamentarse en la estimación de estos buques como partes del país de la bandera, porque sólo por razones de nacionalismo exacerbado es posible mantener esta tesis.

En definitiva, a nuestro entender, el fundamento doble de esta extraterritorialidad penal respecto a los buques mercantes, debe hallarse en idénticas justificaciones a las aducidas para los buques de guerra, cuando se encuentre en la alta mar; y en la equiparación maximalista, nacionalista, y egoísta de las embarcaciones mercantes estando en mar territorial extranjero por la simple exhibición de la bandera o pabellón.

c'. - Régimen jurídico.⁸⁷

85 JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, pág. 793.

86 ANTON ONECA, J. Ob, cit, pág. 114. CEREZO MIR, J. sólo estima como territorio del Estado a los buques mercantes y a los buques del Estado explotados con fines comerciales "cuando se encuentran en alta mar". Vid. Derecho penal, cit, pág. 196.

87 Vid. perspectiva histórica de las resoluciones del Instituto de Derecho internacional sobre competencia respecto de estas naves en TEZCAN, D., - Ob, cit, págs. 182-183.

1.- Mar territorial extranjero.

La práctica de los Estados permite - confirmar dos tratamientos jurídicos o sistemas, en la aplicación de la ley penal a esta clase de buques, cuando se hallan en esta zona del mar sometida a la soberanía del Estado ribereño.

La práctica o sistema francés, que - data del parecer del Consejo de Estado de 23 de octubre de - 1806 y que fue confirmado por Ley de 20 de noviembre del mismo año⁸⁸, diferencia según la naturaleza y consecuencias del delito, determinando la aplicación de la ley del pabellón para los delitos cometidos entre los miembros de la tripulación siempre que éstos no trasciendan al exterior o que no haya - sido reclamada la intervención de la autoridad pública del - territorio y no se haya perturbado o comprometido la tranquilidad del puerto. En caso contrario, se aplicará la ley del lugar⁸⁹.

El sistema inglés (o anglonorteamericano), previsto en la Territorial Waters Jurisdiction Act de 16 de agosto de 1883⁹⁰, afirma la regla de la aplicación ex-

88 Referencias extraídas de TEZCAN, D., ob, cit, pág. 183.

89 Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, págs. 793-794.

90 Referencias extraídas de TEZCAN, D., ob, cit, pág. 184.

clusiva de la ley penal del mar territorial para la represión de todas las infracciones delictivas que se produzcan a bordo de la nave, con independencia de la índole o naturaleza del delito, de las nacionalidades de los sujetos, y de la relevancia o trascendencia de la infracción.

La práctica francesa seguida por numerosos Estados, ha recibido a nuestro juicio consagración internacional en los Convenios que a continuación comentamos⁹¹.

En efecto, las Convenciones de Ginebra de 1958 y de las Naciones Unidas de 1982, tratan de limitar la soberanía del Estado sobre su mar territorial en cuanto a la aplicación de su poder punitivo sobre los buques mercantes. En realidad, se deciden ambas "por recomendar" la inaplicación de la ley penal territorial en ciertos supuestos. Dada la similitud formal e identidad sustancial de la regulación del asunto en ambos textos internacionales, prescindimos de la transcripción literal del artículo 19 de la Convención de Ginebra de 1958 y anotamos el artículo 27 de la Convención de 1982, que dice: "1. La jurisdicción penal del Estado ribereño no debería ejercerse a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial para detener a ninguna persona o realizar ninguna investigación en relación

91 De la misma idea, CEREZO MIR, J. Derecho penal, cit, pág. 197.

con un delito cometido a bordo de dicho buque durante su paso, salvo en los casos siguientes: a) cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño, b) cuando el delito sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial, c) cuando el capitán del buque o un agente diplomático o funcionario consular del Estado del pabellón hayan solicitado la asistencia de las autoridades locales; o d) cuando tales medidas sean necesarias para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas. 2. Las disposiciones precedentes no afectan al derecho del Estado ribereño a tomar cualesquiera medidas autorizadas por sus leyes para proceder a detenciones e investigaciones a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial procedente de aguas interiores. 3. En los casos previstos en los párrafos primero y segundo, el Estado ribereño, a solicitud del capitán y antes de tomar cualquier medida, la notificará a un agente diplomático o funcionario consular del Estado del pabellón y facilitará el contacto entre tal agente o funcionario y la tripulación del buque. En caso de urgencia, la notificación podrá hacerse mientras se tomen las medidas. 4. Las autoridades locales deberán tener debidamente en cuenta los intereses de la navegación para decidir si han de proceder a la detención o de qué manera han de llevarla a cabo. 5. Salvo lo dispuesto en la Parte XII o en caso de violación de leyes y reglamentos dictados de conformidad con la Parte V, el Estado ribereños no podrá tomar medida alguna, a bordo de un buque extranjero que pase por su mar territorial, para detener a ninguna persona ni para practicar diligencias con motivo de un delito cometido antes de que el buque haya entrado en su mar territorial, si tal buque procede de un puerto extranjero y se encuentra únicamente de paso por el mar territorial, sin entrar en las aguas interiores".

Podemos extraer de este precepto muchas y diferentes precisiones que exponemos sucintamente:

- Ambas Convenciones no impiden que el Estado ribereño ejerza su jurisdicción en otros supuestos distintos de los descritos si así lo desea, por cuanto se limitan a aconsejar o recomendar la abstención, en otros casos.

- Sólo afecta el consejo o recomendación a casos diferentes de los que se explicitan en el referido articulado.

- Las dificultades de determinar los actos delictivos que no tengan consecuencias para el Estado ribereño, o no perturben la paz del país o el buen orden en el mar territorial, son tan evidentes, que cabe reducir el consejo de abstención de la jurisdicción, a un escaso número de infracciones de poca entidad entre miembros de la tripulación o pasajeros, presumiblemente de nacionalidad extranjera, por cuanto en caso contrario, lo que ocurrirá es que el hecho trascendiendo del ámbito estricto del buque, provocará la perturbación de la paz del país o del buen orden del mar territorial. De cualquier modo la delimitación es de extraordinaria ambigüedad como para arriesgar un parecer más concreto por nuestra parte.

- Si la antecedente idea es correcta, y se puede en verdad estimar que es muy reducido el número de infracciones -y por añadidura de poca entidad-, a las que

el Estado ribereño se le aconseja no ejercer su poder punitivo, aún se acota más aquél, cuando se solicite la asistencia de las autoridades locales por los sujetos previstos en el párrafo c). Prescindiendo de lo dispuesto en los precedentes párrafos y por tanto, del delito y de su naturaleza, es la jurisdicción penal del Estado ribereño la que ha de ejercerse si tal solicitud se produce. A ello debe añadirse la especial facultad que se otorga a dicho Estado en el apartado 2, cuando el buque pase por el mar territorial y proceda de las aguas interiores.

- Problemática es la regla que se establece para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, por cuanto no se detallan qué conductas se incluyen.

- Las reglas procedimentales para el ejercicio de la jurisdicción penal, a que se refieren los apartados 3 y 4, por su flexibilidad y en cuanto que han de ser interpretadas por las autoridades locales, no limitan prácticamente las afirmaciones realizadas.

- La jurisdicción se expande esencialmente en el último apartado, al conceder facultad al Estado ribereño para adoptar medidas en el caso de que la infracción haya sido cometida más allá del mar territorial, bien en la zona económica exclusiva (referencia a la Parte V), bien pa-

ra protección y preservación del medio marino (referencia a la Parte XII), como en el caso de que el delito haya sido -- cometido en otras zonas marítimas, siempre que el buque procedente de puerto extranjero penetre en las aguas interiores (sensu contrario del último inciso del susodicho apartado).

Elucidar en concreto que hechos delictivos caerán, conforme a las reglas precitadas, bajo la ley penal del Estado ribereño y, cuales quedarán, subsidiariamente, sometidos a la ley del pabellón, no es posible, pero, en definitiva no es aventurado afirmar la prerrogativa que posee aquél frente a la ley del pabellón, lo que remarca el diferente régimen jurídico de estas naves, en relación con las de guerra y destinadas a servicios oficiales no comerciales del Estado⁹².

2.- Alta mar.

Aún teniendo en cuenta la libertad de la alta mar, es preciso advertir el distinto régimen jurídico aplicable a los buques mercantes cuando se encuentran en esta zona marítima. A diferencia de la otra clase de na--

⁹² La conclusión de TEZCAN, D. más genérica se limita a sostener que "en general y salvo que el orden público del Estado ribereño sea perturbado, éste no ejercerá su competencia, puesto que la infracción no concierne más que a los miembros de la tripulación de la nave extranjera, que demanda la competencia del Estado del pabellón". Ob, cit, pág. 185.

ves que gozaba de inmunidad completa de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no fuera el de su pabellón, éstas no gozan de esa inmunidad. Por una parte, tanto el artículo 6.1 de la Convención sobre alta mar de 1958, como el artículo 92.1 de la Convención de 1982, establecen el principio de su sometimiento exclusivo a las leyes del Estado a que pertenecen. Por otra parte, sin embargo, los mismos preceptos disponen la quiebra de este axioma "en los casos excepcionales previstos de un modo expreso en los tratados internacionales o en esta(s) Convención(es)"⁹³.

La ruptura de la regla de la aplicación exclusiva de la ley del pabellón se prevé en la represión de la trata de esclavos (artículos 13 y 99 de las Convenciones citadas); de la piratería (artículos 19 y 105, respectivamente), de la polución y protección y conservación -- del medio ambiente (artículos 24-25 y Parte XII, respectiva-

93 El Tribunal de Justicia de La Haya en su resolución de 7 de septiembre de 1927 relativa al famoso asunto LOTUS (buque de nacionalidad turca -- abordado en alta mar por otro buque de nacionalidad francesa), corroboró la aplicación de la ley del pabellón a los buques en alta mar, señalando al respecto "es cierto que, fuera de los casos particulares determinados por el Derecho internacional, las naves en alta mar no están sometidas -- a otra autoridad que a la del Estado cuyo pabellón ostentan. En virtud -- del principio de la libertad del mar, es decir, de la ausencia de cualquier soberanía territorial en alta mar, ningún Estado puede ejercer acto alguno de jurisdicción sobre los barcos extranjeros". Cita recogida de HERRERO RUBIO, A., cit, pág. 388. Vid. sobre el caso LOTUS, también MIAJA DE LA MUELA, A., Tratado, cit, II, págs. 524-525, y QUINTANO RIPOLLES, A., Tratado, cit, II, pág. 42.

-mente), del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotropicas (artículo 108 de la Convención de 1982), de transmisiones no autorizadas desde la alta mar (artículo 109 de la Convención de 1982), de la protección de cables y tuberías submarinas (artículos 26 a 29 y 112 a 115, respectivamente), con independencia de otras excepciones previstas en numerosos tratados bilaterales o multilaterales^{94 y 95}.

- 94 Vid. algunas referencias de Convenios sobre este particular en TEZCAN, - D., ob, cit, págs. 178 y ss. En el caso de abordaje en alta mar los artículos 1º y 2º del Convenio de 10 de mayo de 1952, de Bruselas, ratificado por España el 11 de septiembre de 1953 (B.O.E. 4 de enero 1954), sobre unificación de reglas relativas a la competencia penal, determinan, -contrariamente a lo que dictaminó la jurisdiccional internacional en el asunto LOTUS- la competencia de los tribunales del país que efectuó el abordaje, al disponer: "1º En caso de abordaje o de cualquier otro accidente de navegación concerniente a un buque de navegación marítima y de tal naturaleza que comprometa la responsabilidad penal o disciplinaria del Capitán, o de cualquier otra persona al servicio del buque, no podrá incoarse ningún procedimiento sino ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado cuyo pabellón enarbolaba el buque en el momento del abordaje o del accidente de navegación. 2º En el caso previsto en el artículo precedente, no podrá decretarse ningún embargo o retención del buque, ni aún como medida de instrucción por otras autoridades que no sean aquellas cuyo pabellón enarbolaba el buque".
- 95 El hecho de que incluso en estos supuestos delictivos sólo sea aplicable la excepción a los buques mercantes o privados, parte de la idea de que los buques del Estado no pueden cometer infracciones de esa índole. La tesis, realmente cuestionable, quiebra sin embargo v.g. en el delito de piratería -extrapolable a los demás- sí, como recoge ORCASITAS "la dotación de uno de dichos buques se amotina y recorre los mares por cuenta propia, (pues) la nave dejaría de ser del Estado y los actos de violencia que cometiera se considerarían entonces como piratería". También: "Si en el transcurso de una guerra civil buques de guerra del gobierno establecidos tomaran el partido de los rebeldes antes de que éstos fueran reconocidos como beligerantes, el referido gobierno podrá declararlos piratas, pero las potencias extranjeras no deberán considerarlos como tales mientras dichos buques no cometan actos de violencia contra otros pertenecientes a las aludidas potencias". ORCASITAS LLORENTE, L. Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante. C.S.I.C. Ministerio de Marina. Madrid, - 1961, pág. 23.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

c'.- Conclusión.

El principio del pabellón entendido como exclusiva aplicación de la ley penal de la nacionalidad de la nave, sólo es completamente ejercitable cuando se trate de buques de guerra o buques del Estado destinados a servicios oficiales no comerciales, los cuales, en todo caso, -se hallen en mar territorial extranjero o en alta mar-, son inmunes a la jurisdicción de cualquier otro Estado, en virtud de su -- consideración como partes, trozos o islas del territorio al que pertenecen.

Esta consideración no la poseen los buques mercantes privados o los buques del Estado destinados a fines - comerciales, ya que cuando se hallen en aguas territoriales extranjeras, salvo ciertos supuestos previstos por las Convenciones internacionales citadas, quedan sujetos a la jurisdicción del lugar. La exclusividad de la aplicación de su propia ley tampoco la poseen estos buques en alta mar, pues si bien en principio sólo quedan sujetos a su propia jurisdicción, - dicho principio quiebra en casos "excepcionales" previstos - tanto en las Convenciones internacionales comentadas como en numerosos tratados bi o multilaterales.

d'.- Aeronaves del Estado.⁹⁶

a' '- Concepto.

De acuerdo con la legislación internacional sobre la materia, ha de definirse como aeronaves del Estado, las que se utilicen por éste para servicios militares, aduaneros o policiales. En efecto, la Convención de Aviación Civil de Chicago de 7 de diciembre de 1944, en su artículo 3, inciso b), considera como tales "las utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía", y en parecidos términos el Convenio de Tokio sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves de 14 de septiembre de 1963⁹⁷ y el Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970⁹⁸.

De dichos textos caben deducir a nuestro juicio dos importantes cuestiones sobre el concepto de aeronaves estatales: en primer término, la posibilidad de conceder este carácter a cualquier aeronave, cuando éstas se usen para los servicios referidos, y, en segundo término, la exclu-

96 Empleamos esta denominación por su correspondencia con la de los Convenios internacionales que en este apartado se citan.

97 Su artículo 1, inciso 4, dispone la inaplicación de este Convenio "a las aeronaves en servicios militares, de aduanas o de policía".

98 El artículo 3, inciso 2, dispone la inaplicación del mismo "a las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía".

sión del concepto, de las aeronaves usadas en servicios oficiales distintos de los descritos.

b''.- Fundamento.

La especial misión encomendada a estas aeronaves, esto es, la seguridad del territorio, el control de entrada y salida del mismo, y la vigilancia y represión de las infracciones que puedan cometerse en él, justifican sobradamente que tengan una consideración diferente de las aeronaves civiles o comerciales.

Su fundamento, al igual que el de los buques de guerra o del Estado, obedece a la ficción de ser "pedazos del territorio nacional a que corresponde el pabellón" al decir de ANTON ONECA⁹⁹, y ello por la función singular -- que han de cumplir.

c''.- Régimen jurídico.

1.- Espacio aéreo extranjero.

La única ley penal aplicable a estas aeronaves, aún cuando se hallen sobrevolando espacio aéreo o estacionadas en territorio extranjero, es la de su pabellón

⁹⁹ ANTON ONECA, J., cit, pág. 115.

o nacionalidad.

Este aserto, cabe deducirlo de una interpretación "a contrario" de diversas Convenciones internacionales. La Convención de Aviación Civil Internacional al igual que las citadas anteriormente, establece en su artículo 3, inciso 1, que "se aplica solamente a las aeronaves civiles y no a las aeronaves del Estado". Obviamente debe matizarse esta exclusividad, tomando en consideración lo dispuesto en el mismo artículo, en su inciso c), esto es, que "ninguna aeronave de Estado de un Estado contratante podrá volar sobre el territorio de otro Estado o aterrizar en el mismo sin haber obtenido autorización para ello, por acuerdo especial o de otro modo, y de conformidad con las condiciones de la autorización". En caso contrario, por violación de las normas o reglamentos del Estado subyacente, éste podrá exigir la aplicación de sus leyes penales. De igual modo quebraría la regla de la exclusividad cuando "la actividad criminal se proyecta sobre el Estado mismo subyacente, por espionaje o daños o contra los intereses de los propios súbditos"¹⁰⁰. En este caso, es comprensible que el Estado reclame su jurisdicción.

¹⁰⁰ QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 44.

2.- Espacio libre.

Cuando las aeronaves del Estado se hallen sobrevolando espacios no sometidos a ninguna jurisdicción (alta mar, espacios neutros, zonas del espacio aéreo -- que el Estado subyacente no puede controlar...), sin ningún tipo de quiebras o rupturas rige el principio del pabellón y por lo tanto dichas aeronaves quedan sometidas en todo caso a su propia ley nacional. Ello es consecuencia de la inaplicación a estas aeronaves de las Convenciones internacionales precitadas que posibilitan la represión universal de infracciones cometidas a bordo de ellas.

e'.- Aeronaves civiles.¹⁰¹

a''.- Concepto.

Pueden definirse como aeronaves civiles todas las aeronaves que se utilizan en servicios regulares, esto es, las destinadas a servicios comerciales (transporte de pasajeros, de correo, de carga o de recreo) y asimismo las

101 Vid. con detalle sobre los diferentes supuestos que pueden plantearse respecto de estas aeronaves, en GORDILLO, M. La competencia penal en materia de navegación aérea, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1949, págs. 440 y ss.

aeronaves destinadas a servicios oficiales que no sean específicamente los militares, de aduanas o de policía.

Este es, al menos, el concepto a nivel internacional, que puede extraerse de los distintos Convenios sobre la materia.

b'.- Fundamento.

Cabe justificar la aplicación de la ley del pabellón a estas aeronaves, teniendo en cuenta dos factores que inciden según la situación en que aquellas se hallen. La soberanía del Estado de matrícula, cuando se encuentren en espacios libres, trae razón de ser de la afirmación de que en ellos no se ejerce ningún poder punitivo estatal. De ahí que la aeronave se halle sujeta únicamente a su propia ley. La aplicación, salvo excepciones que después exponemos, de esa misma ley, cuando sobrevuelan espacios aéreos extranjeros o territoriales, es de naturaleza fáctica más que jurídica, y ello por el hecho de que las aeronaves en escaso tiempo sobrevuelan distintos espacios aéreos e incluso dan la vuelta al mundo, y sería "ridículo", como señalara RIPERT que "haya estado sometido durante pocos días (y horas quizás) a todas las leyes del universo"¹⁰². Posiblemente, además, en

102 Citado en QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 44.

la mayor parte de los casos, el Estado subyacente no tiene oportunidad de enterarse de la comisión de delitos a bordo de las aeronaves.

c'.- Régimen jurídico.

El Estado de matrícula de la aeronave es el competente para conocer de las infracciones cometidas a bordo, con independencia de que la aeronave se halle en vuelo, en la superficie de alta mar o en la de cualquier otra zona situada fuera del territorio de un Estado. Así lo disponen los artículos 3, 1 y 1.2 del Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963.

Debe precisarse el sentido lato del término "en vuelo". En efecto dicho Convenio, en su artículo 1, inciso 3, considera que una aeronave se encuentra en vuelo "desde que se aplica la fuerza motriz para despegar hasta -- que termina el recorrido de aterrizaje". Con este concepto, puede decirse que la aplicación de la ley penal del pabellón, se ejerce aunque la aeronave se halle posada en aeropuerto extranjero o ya en vuelo sobre espacio aéreo territorial. -- Más lato es el concepto del artículo 3, inciso 1, del Convenio de 16 de diciembre de 1970 considerando que se encuentra en vuelo "desde el momento en que se cierran todas las puer-

tas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque. En caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo"¹⁰³. Desde luego, ha de concluirse el sometimiento a la ley penal del territorio, cuando no se hayan cerrado las puertas externas, o cuando se hayan abierto después del aterrizaje. En ambos supuestos, la única ley aplicable es la territorial. Esta, será también aplicable en los siguientes casos descritos en el artículo 4 del Convenio de Tokio. Cuando "a) la infracción produce efectos en el territorio de tal Estado, b) la infracción ha sido cometida por o contra un nacional de tal Estado o una persona que tenga su residencia permanente en el mismo, c) - la infracción afecta a la seguridad de tal Estado, d) la infracción constituye una violación de los Reglamentos sobre --vuelo o maniobra de las aeronaves vigentes en tal Estado, e) cuando sea necesario ejercer la jurisdicción para cumplir las obligaciones de tal Estado de conformidad con un acuerdo internacional multilateral".

¹⁰³ De igual modo, el artículo 2, inciso a) del Convenio de 23 de septiembre de 1971.

La problemática que este precepto suscita deriva en líneas generales, de tres aspectos: por una parte, dada la imprecisión y vaguedad de los supuestos previstos expresiones como "produce efectos", "afecta a la seguridad", etc., no determinan con claridad cuando debe aplicarse la ley territorial; por otra parte, debido a las dificultades de conocer para el Estado en cuestión algunos de los supuestos de infracciones descritos (v.g. el inciso b) anotado); por último, que ello será ejercitable aunque se halle fuera de su espacio aéreo e incluso en espacios libres.

A estas excepciones a la aplicación de la ley del pabellón deben añadirse por último las previstas en el artículo 4, incisos a) y b) y 4.3 del Convenio sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970¹⁰⁴, y las contenidas en el artículos 4.1 y 3 del Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la Aviación de 23 de septiembre de 1971¹⁰⁵.

104 El art. 4.1 establece que cada Estado contratante tomará las medidas para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito, en los casos siguientes: a) si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado, b) si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo". El art. 4.3 dispone que el presente Convenio "no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales".

105 El art. 5.1 dice que cada Estado "tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los casos siguientes: a) si el delito se comete en el territorio de tal Estado, b) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado, c) si la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo, d) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente". El art. 5.3 presenta el mismo texto literal que el anteriormente citado artículo 4.3

f'.- Conclusión.

La exclusiva aplicación de la ley de su nacionalidad a las aeronaves en servicios militares, de aduanas o de policía, con independencia de la zona que sobrevuelen, -- quiebra en las aeronaves civiles. Al principio de sometimiento de éstas últimas a su propia ley, se opone la aplicación de la ley penal extranjera, tanto en el caso de que se hallen estacionadas en territorio extranjero (téngase en cuenta lo expuesto sobre la consideración internacional de cuando una aeronave se halla en vuelo), o cuando se den los supuestos -- previstos en los Convenios internacionales¹⁰⁶.

G. TERRITORIOS OCUPADOS.

La ley penal del Estado impera sobre aquellos territorios o zonas, que un Estado ocupa, con ocasión de un conflicto

106 Vid. entre otros muchos trabajos de Derecho aeronáutico; referidos al -- Derecho italiano PISANI, M.I. Dirottamenti aerei e ordinamento italiano, en L'Indice Penale, 1971, págs. 427 y ss.; sobre Derecho francés, VIENNOIS, M. La compétence des tribunaux français à l'égard des infractions commises à bord des aéronefs ou à leur rencontre, en Revue de Science - Criminelle et de Droit pénal comparé, 1973, págs. 291 y ss., y HUGUENNEY, M.P. Le droit pénal et L'aviation, en Revue Internationale de Droit Pénal, 1924, en el que comentan delitos específicos de la aviación, págs. 147 y ss., así como, con carácter general MEYER, A. Les infractions commises à bord des aéronefs et leurs conséquences, Rapport présenté al VIII Congrès international de Droit Pénal, Atenas, 1957, en Revue International de Droit pénal, 1957, págs. 389 y ss. En nuestro país, vid. el completo estudio de GORDILLO, M. La competencia penal, cit, págs. 421 y ss., en el que, además de la exposición de distintos sistemas nacionales, se contiene un detallado examen del distinto régimen jurídico al que quedan sometidas las aeronaves, y un análisis particularizado de las infracciones que pueden cometerse desde ellas. De igual modo TAPIA SALINAL, L. en su Curso de Derecho Aeronáutico, cit, en págs. 165 a 167, analiza las infracciones aeronáuticas y no aeronáuticas.

to bélico¹⁰⁷.

Si bien no aparece necesariamente vinculada a la ocupación la vigencia de la ley penal del Estado ocupante, e incluso puede ser "una hipótesis excepcionalísima", por cuanto, como decía QUINTANO RIPOLLES lo normal no es la sustitución de la ley del territorio ocupado sino el respeto de las jurisdicciones del lugar "limitándose a ejercer ciertas funciones de vigilancia sobre ellas o a reservarse determinados privilegios¹⁰⁸, no puede negarse que el Estado ocupante, históricamente, reemplaza las leyes nacionales por las suyas y promulga, posteriormente, una nueva legislación adaptada plenamente a la suya.

El fundamento de la territorialidad de la ley del Estado ocupante ha de hallarse, sin duda, en la proyección de -- aquella sobre el ejército o fuerzas armadas que hacen posible la ocupación. En efecto, la propia estima del ejército como "la representación más genuina del Estado ocupante a modo de la Nación en marcha"¹⁰⁹ o como "desmembración del Estado que representa"¹¹⁰, hacen inevitable que la soberanía del país

107 Señalaba JIMENEZ DE ASUA que "en tiempos de guerra o a causa de ella, - impera la jurisdicción del Estado al que pertenece la fuerza de ocupación o el cuerpo expedicionario". JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, pág. 816.

108 Vid. Tratado, II, cit, pág. 60.

109 Frase de QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 60, indudablemente exagerada y sumamente pretenciosa.

110 Expresión de JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 816.

ocupante se traslade "inseparablemente" con las fuerzas armadas, absorbiendo y sustituyendo la del país ocupado.

De este modo, nada impide al Estado ocupante extender su ley penal sobre el territorio ocupado, y considerar, en definitiva a éste, a estos efectos, territorio del Estado¹¹¹.

H. TERRITORIOS CONSULARES O EN REGIMEN DE CAPITULACIONES.

Aún cuando sólo sea por razones históricas, ya que estos regímenes han dejado de existir en la actualidad, conviene dejar constancia de las peculiaridades de aquellos territorios descritos peyorativamente como "fuera de la cristiandad", así como de los ordenamientos a los que se hallaban sometidos, denominados de "capitulaciones".

a) Concepto de territorios consulares.

Por concesión de un Estado, se permitía a otro, que en su territorio se pudieran aplicar sus propias leyes penales a determinados hechos ocurridos en él¹¹².

En base a esa concesión, ocurría que "un barrio en-

111 Puede distinguirse entre "ocupación" e "invasión", conceptuando esta última, conforme hace JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 816 como "irrupción en el territorio enemigo", y resaltando que la nota característica de la ocupación reside en la efectividad de la autoridad ejercida", de acuerdo con FIERRO, G., ob, cit, pág. 91, nota 72.

112 Similar concepto en ROVIRA CARREÑO, P.I., ob, cit, pág. 141.

tero o una ciudad se sustraía al ejercicio jurisdiccional del país en que están enclavados, en beneficio de otro u otros"¹¹³.

Esta práctica, normal durante la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna, sobre todo en Europa, concedía a los Cónsules extranjeros, obrar en nombre de su Gobierno "como - si estuvieran en el territorio de éste"¹¹⁴. Desaparecen durante la Edad Moderna estas concesiones, y en su lugar surge el sistema de las "capitulaciones" que, aunque más restringido, sigue siendo un criterio de prolongación singular del territorio del Estado.

b) Concepto, génesis histórica y naturaleza de las capitulaciones.

Este sistema consistía en la cesión que hacía un Estado a otro para aplicar su ley penal en el territorio de -- aquél a los ciudadanos propios¹¹⁵.

¹¹³ Expresión de QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 55.

¹¹⁴ Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 811.

¹¹⁵ Similar argumentación en QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 56. Para JIMENEZ DE ASUA, L., en definitiva estamos ante "Convenios internacionales por los que un Estado exime de su propia jurisdicción, sea civil, sea penal, a los ciudadanos de otros Estados, a quienes, por lo que concierne al Derecho penal, se aplican las leyes vigentes del Estado a -- que pertenecen". Tratado, II, cit, pág. 812 en el que se recoge la posición de BINDING sosteniendo que se trataba de una cesión del Derecho penal.

Esto es, por medio de las capitulaciones se atribuía al Estado de la nacionalidad del delincuente la facultad de aplicar su ley penal propia, a través, además, de los cónsules o jueces de la misma nacionalidad¹¹⁶.

Puede decirse, indudablemente, que ésta era una fórmula mixta, entre territorialidad y personalidad, dada la relevancia que en estas cesiones posee, precisamente la nacionalidad del delincuente¹¹⁷ y/o de la víctima, al menos en la última etapa de vigencia de dichos privilegios.

Su origen se sitúa en las relaciones de la República Veneciana con Oriente (hacia 1454), así como en precedentes remotos de las Cruzadas, datando el primer documento de 1 de febrero de 1535, fecha del Tratado concluido entre el Rey de Francia y el Sultán de Turquía¹¹⁸.

Si bien en un principio las capitulaciones no tuvieron naturaleza de imposición, pues su finalidad era, simplemente, contribuir a mejorar las relaciones entre países muy alejados geográficamente entre sí¹¹⁹, con el paso del tiempo, dicha práctica derivó hacia un carácter de servidumbre, im-

116 Vid. a propósito de este tema, monografías sobre territorios sujetos a capitulaciones de DE MARTINI, D. y BATTAGLINI, E., en la *Giustizia Penale*, años 1931 y 1954, respectivamente.

117 Así lo constataba ya QUINTANO diciendo que "el vínculo personal del *status* nacional es el que cuenta" QUINTANO RIPOLLES, A., *Tratado*, II, cit, pág. 56.

118 Antecedentes extraídos de JIMENEZ DE ASUA, L. *Tratado*, II, cit, pág. 312 y QUINTANO RIPOLLES, A. *Tratado*, II, cit, pág. 56.

119 QUINTANO RIPOLLES, A. señala, además, como finalidad, la de asegurar "la peregrinación entre países de régimen jurídico y religioso demasiado diversos para tolerar una aplicación indiferente al estatuto personal de cada sujeto". Vid. *Tratado*, II, cit, pág. 56.

puesta por los países del Occidente a determinados países de Oriente, a los que peyorativamente se denomina "fuera de la cristiandad"¹²⁰.

Tanto JIMENEZ DE ASUA como QUINTANO RIPOLLES¹²¹, al ocuparse del tema, trazan estas dos hipótesis para determinar el privilegio penal de ese sistema: en primer lugar, cuando el delito se cometía por un sujeto contra otro de la misma nacionalidad del Estado que gozaba del beneficio de las capitulaciones; en segundo lugar, cuando el autor del delito y la víctima eran nacionales de distintos Estados. En ambos casos, se aplicaba la ley de la nacionalidad del autor. En el caso de que el delito fuera cometido contra un sujeto del Estado sujeto a capitulaciones, únicamente se tenía derecho a la asistencia y apoyo del Cónsul, pero se aplicaba la ley territorial o ley del lugar de comisión del delito.

c) Conclusión.

Rechazamos la consideración de territorio para el régimen de capitulaciones, por cuanto en él prevalece un privilegio que presenta todos los caracteres propios del estatu

120 Servidumbre o imposición que resultaba odiosa, "a medida que los pueblos de Oriente se desarrollan y progresa la civilización", advierte JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 813.

121 Vid. Obs. cit, págs. 312 y 57, de los autores y tratados, respectivamente citados.

to de la personalidad, y únicamente se diferencia de éste - por el hecho de que la ley penal se ejerce efectivamente en el territorio extranjero que ha concedido las capitulaciones. Puede, sin embargo, aceptarse como territorio, los territorios consulares, puesto que gozaban del privilegio de aplicar la ley sobre determinados territorios extranjeros, prescindiendo del criterio de la nacionalidad o de la índole del delito cometido.

I. ESTACIONAMIENTO DE TROPAS EXTRANJERAS.

A diferencia de la ocupación (o invasión), la realidad internacional nos muestra la presencia o estacionamiento de tropas o ejércitos extranjeros en territorios distintos al suyo, a título de ayuda o colaboración entre Estados, en virtud de tratados bilaterales o colectivos de asistencia o alianza militar.

Conviene determinar si estas tropas y las bases militares en que se instalan, constituyen, también, territorios -- por fictio iuris, sujetos a la ley de la bandera, examinando para ello algunos de los instrumentos convencionales que regulan esta materia.

a) Fundamento.

Señalaba en su día QUINZANO RIPOLES como es frecuen

te hablar sobre todo "en el lenguaje político norteamericano, de la extraterritorialidad de las bases arrendadas a dicho país, concepto que se extiende a los destacamentos de fuerzas armadas prestando servicios en territorios extranjeros en virtud de tratados bilaterales o colectivos"¹²².

Ciertamente, que como dicho autor constata, dicha terminología resulta defectuosa e inapropiada en términos absolutos, teniendo en cuenta las diferencias existentes según los distintos pactos que pueden ser y de hecho son, "lo suficientemente sustanciales" como para no aceptar la referida asimilación. Máxime si, como ocurre en la actualidad, se ofrecen tan sólo ejemplos de extraterritorialidad parcial o limitada, ya que coexisten tanto la jurisdicción de la nacionalidad de las tropas como la de la nacionalidad del territorio sobre el que se asientan las bases militares.

El origen del aludido lenguaje político de los norteamericanos al que se refiere el tratadista español, que es más bien una doctrina americana, dimana de la decisión adoptada en su día por una de las mayores autoridades jurídicas de aquel país, el juez JOHN MARSHALL, en su dictamen sobre el buque "Shooner Exchange", sentando la teoría del "paso en tránsito"¹²³.

122 Vid. Tratado, II, cit, pág. 61.

123 Referencias en DURET, J. y ALLENDE SALAZAR, J.M. Estatuto de Fuerzas Armadas. Otan y España. Tecnos. Madrid, 1962, pág. 22. De esta obra, se extraen la mayor parte de las notas de interés sobre el tema.

La opinión de este prestigioso juez queda plasmada en estas palabras: "Un tercer caso en el que se entiende que el soberano cede una parte de su jurisdicción territorial se da cuando permite que las tropas de un príncipe extranjero - pasen a través de sus dominios. En tal caso, aún sin una declaración expresa cediendo la jurisdicción al ejército al que se concede dicha jurisdicción estaría ciertamente violando la fe en él depositada. Si ejerciera dicha jurisdicción, se atacarían el objetivo mismo para el que se concedió el paso libre y el contingente de las fuerzas militares de una nación extranjera independiente sería desviado de los objetivos y derechos nacionales derivados del control de su soberanía cuya seguridad o poder pueden depender en gran medida de mantener el mando y control exclusivo sobre esta fuerza. La concesión del paso libre implica, por lo tanto, la cesión de toda jurisdicción sobre las tropas durante el tránsito y permite al Jefe extranjero de la fuerza aplicar su disciplina e imponer los castigos necesarios por el gobierno a sus tropas"¹²⁴.

De este parecer ha deducido la doctrina americana la extraterritorialidad, interpretando que el principio del otorgamiento del permiso para la entrada de tropas extranjeras -

124 Texto extraído de la obra de DURET y ALLENDESALAZAR citada, págs. 22-23. Sobre la consideración del juez MARSHALL, puede verse el trabajo de BERNARD SCHWARTZ titulado "Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana", en el que se califica, de acuerdo con el parecer de los especialistas de Derecho constitucional por unanimidad como el más "grande" de los jueces del Tribunal Supremo", pág. 21. Editorial Civitas. Cuadernos. 1990.

en un Estado "implica automáticamente la cesión de la jurisdicción territorial a las autoridades de dichas fuerzas"¹²⁵.

No cabe duda de que una exégesis como la descrita nos aparece desproporcionada, aunque haya quien opine que no queda claro "si lo que retiene el Jefe del destacamento es la jurisdicción penal absoluta o solamente la aplicación de medidas disciplinarias y de aquellos castigos que sean necesarios para mantener el control y disciplina sobre sus tropas". A juicio de DURET y ALLENDESALAZAR, en efecto, el dictamen parece referirse solamente a las medidas disciplinarias propias de un mando militar (y que nadie discute), pero no se extendería necesaria y automáticamente, a la jurisdicción penal de delitos cometidos al margen de los actos de servicio¹²⁶. Ciertamente es, también que esta interpretación y consecuencia es posible deducirla de aquel parecer. Sin embargo, nos atrevemos a opinar que la idea que subyace en el último inciso del párrafo transcrito (cesión de toda jurisdicción sobre las tropas durante el tránsito) es, precisamente la aplicar una absoluta inmunidad de jurisdicción personal, también la penal, al margen de, o por encima de, las medidas disciplinarias o de los controles necesarios para mantener el orden de la fuerza armada. Y que esa inmunidad penal absoluta que se conce-

125 DURET, J. y ALLENDESALAZAR, J.J., ob, cit, pág. 23.

126 Ob, cit, pág. 23.

de, se produce, además, conforme la interpretación gramatical y final del texto, automática y necesariamente, con la concesión del paso libre.

De cualquier modo, la tesis del "transitus innoxius" y su conclusión, es difícilmente extrapolable a la realidad actual, de permanencia y estacionamiento de tropas extranjeras en otro Estado soberano, por cuanto allí se contemplaba una situación "esencialmente provisional" y de rápida desaparición en el tiempo, que nada tiene que ver con la presencia de fuerzas armadas con carácter "permanente", cuestión que probablemente "el juez MARSHALL no pudo ni siquiera imaginar"¹²⁷.

b) Principios.

La presencia y estacionamiento de tropas extranjeras en territorios soberanos, así como el arriendo o concesión de bases militares, provoca la colisión o conflicto de dos principios igualmente importantes y esenciales, por lo menos en teoría. Nos referimos al principio de la bandera y al principio de territorialidad. Ambos, en el supuesto comentado, deben armonizarse, y de hecho, teniendo en cuenta que --

¹²⁷ Opinión de DURET, J. y ALLENDESALAZAR, J.M., ob, cit, pág. 23.

ello se produce en virtud de acuerdos bi o multilaterales en tre Estados soberanos y en tiempos de paz, al menos formal-- mente quedan armonizados mediante los pactos entre las partes en cuestión.

Como más tarde veremos en ningún caso se obtiene la exclusividad de uno de los referidos principios, de modo que no quedan excluidos absolutamente a la jurisdicción del Estado en que se hallen las fuerzas armadas extranjeras, como -- exigiría el principio de la bandera, ni tampoco en todo caso, sometidas a la jurisdicción del Estado del territorio como - correspondería con la afirmación del principio de soberanía territorial, que en material penal no puede tolerar que un - delito allí cometido quede exento del poder de su jurisdic-- ción penal.

Al margen de lo expuesto, parece indudable desde - cualquier ángulo, que la presencia de tropas extranjeras sig- nifica una restricción o limitación de la soberanía territo- rial de un Estado, por cuánto al aceptar en su territorio zo nas o bases militares extranjeras pierde autonomía y condi-- ciona su soberanía.

c) Génesis histórica y contenido de algunos Convenios.

La mutua ayuda militar entre los Estados en las dos

guerras mundiales, y, sobre todo, tras la II Guerra Mundial, han posibilitado las grandes organizaciones militares que hacen olvidar "las Alianzas a la antigua usanza", al modo y manera de la OTAN o NATO (Organización del Tratado del Atlántico Norte), que certeramente puede calificarse como "algo - menos que una Alianza tradicional pero (que), en cambio, va más lejos que esta figura en algunos de sus aspectos capitales, como es precisamente la presencia permanente y pactada de fuerzas extranjeras en el territorio de los países miembros"¹²⁸.

La historia de los acuerdos y pactos internacionales, denominados en el lenguaje jurídico internacional "Estatuto de Fuerzas"¹²⁹, es, pues, breve y corta, debiendo rechazarse como antecedentes los "regímenes capitulares, por cuanto como dice QUINTANO RIPOLLES "en modo alguno es justo hablar de una reaparición de regímenes capitulares, como a veces se ha hecho por críticas políticamente interesadas en obstaculizar dicho orden. Entre otras razones porque, en fin de cuentas en las cesiones (aceptadas con los Estatutos de Fuerzas) no ha mediado imposición alguna, habiendo sido negocia-

128 DURET, J. y ALLENDESALAZAR, J.M., ob, cit, pág. 25.

129 Se entiende por tal "el que regula la situación jurídica de las fuerzas de un país extranjero, presentes en otro con carácter pactado y permanente, como consecuencia sea de un Tratado de Alianza o sea de cualquier otro Acuerdo de cooperación militar que implique la existencia de bases o instalaciones de aquel país en el territorio de este". Vid. DURET, J. y ALLENDESALAZAR, J.M., ob, cit, pág. 27.

das libremente y consentidas en vista a respectivas conveniencias"¹³⁰.

Sin pretender aquí aludir a los distintos tipos de Estatutos de Fuerzas¹³¹, es conveniente, no obstante, reseñar cronológicamente los hitos más sobresalientes de estos pactos jurisdiccionales de mutua asistencia militar. Existe general coincidencia en reconocer que su origen se remota al acuerdo entre Gran Bretaña y EE.UU. e inmediatamente después con la promulgación de la Allied Forces Act de 1940¹³², en base a la cual todas las tropas extranjeras destacadas en Inglaterra durante la II Guerra Mundial quedaban sometidas a las autoridades de sus respectivos Gobiernos, las cuales "gozarían de plena jurisdicción respecto a las mismas en todo lo referente a disciplina y materias administrativas"¹³³.

Sin embargo, el acuerdo más significativo es el firmado el 27 de julio de 1942 entre Gran Bretaña y EE.UU. admitiendo la plenitud de extraterritorialidad para las fuerzas armadas americanas, que quedaban sujetas para cualquier clase de infracciones a su propia ley y a sus propios tribunales¹³⁴. Esta plenitud de la ley de la bandera, extendida con

130 QUINIANO RIPOLLES, A. "Soberanía, jurisdicción y bases Militares", Revista Española de Derecho internacional, 1955, VIII, nº 3, pág. 562.

131 Consultar clasificaciones en DURET, J. y ALLENDESALAZAR, J.M. Ob, cit, - págs. 23 y ss.

132 DURET, J. y ALLENDESALAZAR, J.M. citan como primer precedente los Convenios firmados entre Francia y Bélgica y el de Francia y Gran Bretaña. Vid ob, cit, pág. 28.

133 QUINIANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 62.

134 En el mismo sentido puede verse QUINIANO RIPOLLES, A. Tratado, ob, II, - cit, pág. 62; y DURET, J. y ALLENDESALAZAR, J.M., ob, cit, pág. 28.

carácter recíproco a las tropas británicas que se hallasen - en EE.UU. cesó con el cese de las hostilidades bélicas.

La llamada "guerra fría" que sucedió a la contienda mundial y el consiguiente reparto geográfico de los territorios, generó la implantación de zonas o espacios de influencia, posibilitando la necesidad de mantener contingentes militares fuera de sus respectivos territorios y la instalación de las correspondientes bases militares permanentes, mediante convenios, alianzas o acuerdos entre Estados ya en tiempo de paz.

Prescindiendo de otros Convenios, principalmente bilaterales, en los que es notoria la preeminencia del principio de la bandera¹³⁵, fijamos nuestra atención en el Estatuto de las Fuerzas Armadas pertenecientes a los Estados integrantes de la OTAN, firmado en Londres el 19 de junio de --- 1951¹³⁶. Este acuerdo, concilia y armoniza la aplicación de aquellos dos principios opuestos, la ley de la bandera exigida por los Estados que destacan sus tropas, y el respeto a la soberanía territorial, exigencia de los Estados soberanos para recibirlas. En base a ello, el Estado al que pertenecen las tropas conserva su propia competencia "respecto a éstas

135 Además del Convenio Americano-Filipino de 26 de marzo de 1964 citado por QUINTERO RIBOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 63, pueden verse otros -- acuerdos similares recogidos por DURST, J. y ALLENDESALAZAR, J.M. en -- págs. 29 y ss.

136 En medio de los citados en páginas anteriores y éste, queda el Estatuto de Londres de 5 de mayo de 1949 firmado por los cinco países de la "nata" "Comunidad Europea de Defensa" con un esquema territorialista. Vid. precisiones en DURST, J. y ALLENDESALAZAR, J.M., ob, cit, pág. 33.

en el plano de prioridad siempre y cuando se trate de delitos perpetrados por miembros de las fuerzas contra otros de las mismas, su propiedad o seguridad o en ocasión del desempeño de sus deberes o misiones oficiales", en tanto que en casos diferentes a éstos, la prioridad corresponde al Estado receptor, por lo que las autoridades locales y sus leyes serán las aplicables si el hecho está comprendido en sus leyes y si afecta a su propia seguridad en hipótesis de traición o sabotaje"¹³⁷.

El artículo VII de este Convenio, sin duda el más trascendente ya que aborda el problema de las competencias jurisdiccionales, deja claramente definidas las jurisdicciones, estableciendo las siguientes competencias:

- Párrafo 1º: Reconocimiento y distribución de competencias: a) Las autoridades militares del Estado de origen tendrán el derecho de ejercer en el Estado receptor la jurisdicción criminal y disciplinaria que les confiera el derecho del Estado de origen sobre todas las personas sujetas a la ley militar de dicho Estado.

b) Las autoridades del Estado receptor tendrán jurisdicción sobre los miembros de una fuerza o de un elemento civil y las personas a su cargo con respecto a los delitos cometidos dentro del territorio del Estado y punibles por la legislación de dicho Estado.

¹³⁷ Vid. QUINTANA RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, págs. 63-64.

- Párrafo 2º: Reconocimiento de la jurisdicción exclusiva: a) Las autoridades militares del Estado de origen tendrán el derecho de ejercer jurisdicción exclusiva sobre las personas sujetas a la legislación militar de dicho Estado respecto a los delitos, especialmente los que afectan a su seguridad, punibles por la ley del Estado de origen, pero no por las leyes del Estado receptor.

b) Las autoridades del Estado receptor tendrán el derecho de ejercer jurisdicción exclusiva sobre los miembros de una fuerza o componente civil y sobre las personas á su cargo respecto a delitos, especialmente los que afectan a su seguridad, punibles por su ley pero no por la legislación -- del Estado de origen.

c) A los fines de este párrafo y del párrafo 3 de este artículo los delitos contra la seguridad del Estado incluirán: 1.- Traición contra el Estado; 2.- Sabotaje, espionaje o violación de cualquier ley relacionada con secretos -- oficiales de dicho Estado o secretos relacionados con la defensa nacional de dicho Estado".

- Párrafo 3º: Jurisdicción concurrente.

a) Las autoridades militares del Estado de origen tendrán el derecho preferente de ejercer jurisdicción sobre un miembro de una fuerza o elemento civil en relación con: - 1.- Delitos que afecten únicamente a la propiedad o seguridad de dicho Estado, o dirigidos únicamente contra la persona o propiedad de otro miembro de la fuerza o elemento civil de dicho Estado o de una persona a su cargo; 2.- Delitos cometidos en cualquier acto u omisión durante la ejecución de actos de servicio oficial.

b) En caso de cualquier otro delito, las autoridades del Estado receptor tendrán primacía de derecho para ejercer jurisdicción.

c) Si el Estado que tenga la jurisdicción decide no ejercerla, lo notificará a las autoridades del otro Estado tan pronto como sea posible. Las autoridades del Estado - que tenga jurisdicción preferente considerarán benevolamente las peticiones de las autoridades del otro Estado de una renuncia de aquel derecho en los casos en que el otro Estado - considere semejante renuncia de particular importancia.

d) conclusión.

La presencia de tropas extranjeras suponen un cierto grado de extraterritorialidad que depende, en cada caso, de las características del tratado o acuerdo¹³⁸. No debe, sin embargo, extrapolarse de esta idea, una conclusión como la - de equiparar las bases militares o el régimen jurídico aplicable a las Fuerzas Armadas extranjeras, a los elementos del territorio estatal examinados en epígrafes anteriores pues - ello no es, a nuestro juicio jurídicamente correcto. Únicamente existe una prerrogativa o privilegio que permite sustituir, en determinados supuestos, la aplicación de la ley territorial en beneficio de la aplicación de la ley de la nacionalidad. Pero el territorio sobre el que se instalan las bases militares es territorio del Estado del lugar y el privi-

138 Coincidió QUINERANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 62, señalando - que "en todos los casos presentes, se ofrece tan sólo una extraterritorialidad parcial, de exención del foro normal del territorio en teórico beneficio del servicio y de los intereses comunes".

legio, por otra parte, se basa en el carácter específico otorgado a las tropas extranjeras, unido a la nacionalidad que poseen.

J. EMBAJADAS Y LEGACIONES DIPLOMATICAS.

Aún cuando se haya defendido históricamente¹³⁹, que las sedes de las embajadas y legaciones diplomáticas en el extranjero constituyen territorio jurídico del país del pabellón o bandera, dicha tesis está hoy absolutamete superada, y puede afirmarse que los edificios de las Embajadas y demás representaciones diplomáticas o consulares son sencillamente, sin más, territorio del Estado en el que se hallan ubicadas.¹⁴⁰

En contra, parcialmente, de esta opinión generalizada, QUINTANO consideraba que existía una "franchise d'hôtel" a modo de último avatar del "ius quaertorium", en virtud de la cual "el domicilio del enviado diplomático, así como sus alrededores, cuadras, cocheras y otras dependencias inclusiva, siguen siendo inviolables para la jurisdicción local, y es es-

139 Vid. en JIMENEZ DE ASUA, L. opiniones sobre este aspecto, Tratado, II, cit, págs. 818 y ss.

140 De esta opinión, tanto TEZCAN, D. ob, cit, pág. 192 como CEREZO MIR, J., ob, cit, 3ª ed. pág. 194. Elocuente, el parecer de ANZILOTTI, de que -- "hoy la doctrina y la práctica están de acuerdo que la extraterritorialidad de la legación o de la morada, significa tan sólo que en ellas, no se pueden realizar actos de autoridad sin el consentimiento del agente diplomático; pero la legación y la morada son territorio nacional y no extranjero; quien allí se encuentra está en el Estado y no en el extranjero; un delito cometido allí, es un delito cometido en el Estado". Cita extraída de JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 320.

ta consideración precisamente lo que impele a hablar de extraterritorialidad por lo que tiene de objetiva y espacial¹⁴¹. A nuestro juicio ha de distinguirse, rechazando dicha afirmación, que una cosa es la exención del diplomático, privilegio de carácter personal y funcional¹⁴², y otra cosa distinta es el privilegio procesal especial de que gozan su morada y dependencias. A nuestro entender, es preciso disentir de la consideración de las embajadas y legaciones diplomáticas o consulares como territorio del Estado de la bandera, ya que son territorio del lugar en el que se hallen¹⁴³.

Otro tema, es el de los privilegios diplomáticos y consulares consagrados en las Convenciones de Viena de 18 de abril de 1961 y 24 de abril de 1963, respectivamente, o en las legislaciones internas, reconociendo exenciones, inmunidades o inviolabilidades por razón de la persona y función que cumplen estos funcionarios.

En nuestro país la extensión o alcance de que gozan las personas protegidas por estas exenciones o inmunidades, es -

141 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 51.

142 En este mismo sentido, JIMENEZ DE ASUA consideraba la extraterritorialidad del diplomático "más bien como un privilegio por razón de sus funciones que como una consecuencia del indebido carácter territorial de la Sede de su Embajada" JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 820.

143 En España, como se sabe, los artículos 559 y 560 de la LECRIM establecen un privilegio procesal y no una excepción a la territorialidad de la ley penal, y menos aún la consideración de la Embajada como territorio de la bandera.

cuestión controvertida y polémica en la literatura penal, - toda vez que se discrepa acerca de su contenido, esto es, sí además de la exclusión de la aplicación de la ley penal - nacional y de la competencia de los Tribunales nacionales, - los meritados funcionarios poseen la prerrogativa de la inviolabilidad y en qué medida.

Discrepando de la doble asunción de prerrogativas, entendía ANTON ONECA que el contenido del privilegio se limita a la inmunidad, al haber quedado sustituida por ésta la doctrina tradicional que las concedía inviolabilidad¹⁴⁴. Por el contrario, es corriente en la doctrina española ver una posición favorable a la inviolabilidad añadida, aunque asimismo disintiendo sobre su alcance. Así, en tanto el parecer de CUELLO CALON extiende la inviolabilidad "a la persona, a su residencia, muebles, etc."¹⁴⁵, MUÑOZ CONDE la contrae únicamente a la persona y domicilio¹⁴⁶, siendo no obstante más pacífica la tesis de limitarla exclusivamente a la persona, y rechazando, como hacen FERRER SAMA¹⁴⁷ y CORDOBA RODA¹⁴⁸, la inclusión del domicilio.

Recientemente, LUZON PEÑA ha resumido tan dispares po-

144 ANTON ONECA, J. Ob, cit, pág. 322.

145 CUELLO CALON, E. Cit, pág. 208.

146 MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte especial, 5ª edición, Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1933, pág. 522. De la misma opinión RODRIGUEZ DIVESA, J.M. Derecho penal español, y PUIG PEÑA, F. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. 1954, pág. 630.

147 FERRER SAMA, A. Comentarios, cit, III, pág. 63.

148 CORDOBA RODA. Comentarios al Código penal, Tomo III, pág. 391. De la misma idea QUINERO REBOLLES, A. Comentarios al Código penal. 2ª ed. renovada y puesta al día por E. Gimbernat. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 478, y FIERRO, G. Ob, cit, pág. 112.

siciones respecto al alcance de la inmunidad, señalando que mientras unos entienden que la violación de aquélla consiste en la detención o intento de detención (RODRIGUEZ DEVESA); - otros mantienen la idea de que lo es toda privación de libertad (FERRER SAMA) y otros que lo es la imposición de una medida como la detención, sanción o efecto jurídico de cualquier clase de enjuiciamiento (CORDOBA RODA); otros incluyen, en fin, la violación del domicilio (PUIG PEÑA, MUÑOZ CONDE y RODRIGUEZ DEVESA)¹⁴⁹.

III. LUGAR DE COMISION DEL DELITO.

A. CONSIDERACIONES PREVIAS.

A pesar de que la determinación del lugar de comisión - del delito no plantea en la inmensa mayoría de las infracciones penales ninguna problemática especial de índole técnico-jurídica, por cuanto lo frecuente es que la acción u omisión y el resultado se produzcan en el mismo lugar (o territorio), impidiendo con ello el planteamiento de problemas de aplicación de leyes penales o de competencia entre Tribunales nacio

149 LUZON PEÑA, D.M. Delitos contra Jefes de otro Estado y personas internacionalmente protegidas, en Comentarios a la legislación penal. Edersa, 1985, Tomo V, Volumen 20, pág. 619.

nales. También es cierto que existen ciertas infracciones cu ya acción u omisión se produce (u omite) en lugar distinto - del de resultado, y que cuando esto ocurre y entran en juego dos territorios distintos y soberanos, se plantea qué ley pe nal es aplicable y que órganos judiciales son los que tienen la competencia para su conocimiento. Y a diferencia de lo que ocurre cuando la acción y el resultado se producen en distin tos sitios pertenecientes al mismo territorio, cuya problema tica se reduce a delimitar procesalmente las competencias de la misma jurisdicción estatal, en el supuesto referido, el - conflicto alcanza mayor interés, precisamente al tener que - delimitar concretamente, la ley penal aplicable, además de - la competencia de los Tribunales, evitando así la duplicidad de enjuiciamientos y/o sanciones¹⁵⁰.

La especial problemática aludida vendrá, pues, compre ndida en todas aquellas infracciones en las que la acción y el resultado se produzcan en lugares diferentes, sujetos a - distintas soberanías. En particular, en los delitos a distan cia; en los delitos complejos, cuya acción se integra por va rias figuras delictivas; en el delito continuado, que requie re la realización de varias acciones u omisiones; o en los -

150 En el mismo sentido del texto, destaca QUINTANO RIPOLLES, A. la trascen- dencia "superlativa cuando los espacios diversos se hallan sujetos a dis tinta soberanía nacional, con sus propios regímenes jurídico-penales y - procesales. Puede darse, incluso, el supuesto de máxima complicación, de que uno de ellos considere delictivo el acto y el otro no, pero el pro- blema procesal de competencia subsiste siempre". Tratado, II, cit, pág. 24.

delitos permanentes o habituales, en los cuales la acción antijurídica se prolonga en el tiempo¹⁵¹.

Partiendo de reconocer con CUELLO CALÓN que las cuestiones relativas "a la determinación del tiempo y del lugar de la acción no poseen solamente un interés científico, sino también una considerable trascendencia práctica"¹⁵², acometemos el estudio de esta materia, constatando no obstante su limitada incidencia¹⁵³.

B. DETERMINACIONES GENERALES.

a.- Denominación.

La rotulación de este concreto tema no es pacífica en la doctrina. En efecto, es posible advertir dos grandes -

151 A estos cuatro supuestos, se refiere CEREZO MIR, J. pág. 301; RODRIGUEZ MOURULLO, G, cita genéricamente los delitos a distancia y los delitos de varios actos, en Lugar del delito, Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix XV. Barcelona, 1974, pág. 724; ANTON ONECA, J. se refiere también a este doble grupo. Ob, cit, pág. 174; MIR PUIG, S. alude únicamente a aquellos delitos en que entre la manifestación de voluntad y el resultado medie una separación temporal o espacial de cierta importancia. Derecho penal, cit, pág. 195; LEVI, N. trata el delito permanente, el delito continuado y el delito habitual o profesional, en LOCUS commissi delicti, RITDP, 7949 págs. 23 y ss. Con toda amplitud sobre las distintas categorías de infracciones, Vid. TSARPALAS, A. Le moment et la durée des infractions pénales, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1967, en particular, págs. 132 y ss. Vid. también FAYARD, M.C. La localisation internationale de l'infraction, en R.Sc.Crim, 1968, págs. 753 y ss.

152 CUELLO CALÓN, E. Derecho penal, cit, pág. 359.

153 Problema distinto es el del lugar como requisito del tipo delictivo. Vid. a este propósito. RODRIGUEZ MOURULLO, G. Lugar del delito, cit, pág. 724 v.g. el artículo 150 del Código penal, y NUZZO, M. Luogo dei fatti, en - Enciclopedia del Diritto. Vol. XXV, 1975, págs. 86 y ss.

posiciones, cada una de las cuales denomina de forma diferente la problemática que subyace a la determinación de donde se entiende realizado el delito, cuando la acción y el resultado se producen en territorios sujetos a distintos ordenamientos jurídicos. Una de ellas, mayoritaria, emplea la expresión "Lugar del delito"¹⁵⁴, aunque a continuación discrepa, acerca de si este lugar es el de comisión¹⁵⁵, o el de realización del delito¹⁵⁶. La otra, minoritaria, emplea la expresión "Lugar de acción"¹⁵⁷.

La impropiedad y parcialidad de esta segunda expresión ha sido evidenciada desde hace tiempo, recurriendo a argumentos eminentemente técnicos y estrictamente penales. El primero de ellos, y, sin duda determinante de su falta de precisión, trae su causa de la equivocidad del término "acción", en la medida "en que es susceptible de ser interpretado en sentido estricto o en un sentido lato comprensivo tam-

- 154 Vid. por ejemplo, GOMEZ ORBANEJA, E. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo I, Barcelona, 1947, pág. 377; AGUILERA DE PAZ, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Tomo I, Madrid, 1923, pág. 104; QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 24; CEREZO MIR, J., ob, cit, pág. 301; POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 451; GIMBERNAT ORDEIG E. introducción a la Parte General del Derecho penal español. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1979, pág. 27; RODRIGUEZ MOURULLO, G. Lugar del delito, cit, pág. 723.
- 155 V.g. JESCHECK, H.H. Tratado, cit, I, pág. 239; LANDROUE DIAZ, G. Eficacia espacial de las leyes penales españolas, en Temas penales. Santiago de Compostela, 1982, págs. 188 y ss.; MIR PUIG, S. Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código penal de 1980, en la reforma penal y penitenciaria, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pág. 496; CASABO RUIZ, J. Comentarios al Código penal, II, ob, cit, pág. 36.
- 156 V.g. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, J.S. Ob, cit, pág. 192; BUSTOS RAMIREZ, J. Ob, cit, pág. 107.
- 157 V.g. ANTON ONECA, J., ob, cit, pág. 174; RODRIGUEZ DEvesa, J.M., ob, cit, pág. 399; CEREZO incluye en este grupo a JIMENEZ DE ASUA, vid, ob, cit, pág. 301 y RODRIGUEZ MOURULLO a DEL ROSAL y CUELLO CALON, vid, Lugar del delito, cit, pág. 724.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

bién del resultado exterior que deriva de la conducta del su jeto"¹⁵⁸. El segundo de ellos, puesto de manifiesto asimismo por RODRIGUEZ MOURULLO, deriva de que "el problema que inte resa resolver aquí no es el atinente al lugar donde se desa rolló la acción, sino el referente al lugar donde se reali zó el delito, y para la resolución de esta cuestión podría sostenerse que entran en juego también elementos del delito distintos a la acción en sentido estricto y al resultado. -- Pensemos por ejemplo, en aquella dirección doctrinal que con sidera a las condiciones objetivas de punibilidad como verda deros elementos integrantes del delito"¹⁵⁹.

Desde la valoración de las argumentaciones prece-- dentes, exponentes de la inadecuación de la intitulación con la materia, extraemos nuestra preferencia por la denominación, terminológicamente correcta, de lugar de comisión del delito, traducción fiel del aforismo latino "locus commissi delicti"¹⁶⁰ Considerando, por otra parte, que la derivación entre "reali zación" y "comisión" del delito, antes aludida, no presenta especial problemática, toda vez que, en definitiva, se pueden reconducir ambos términos a un significado sinónimo.

158 RODRIGUEZ MOURULLO, G. Lugar del delito, cit, pág. 724. CEREZO MIR en pa recidos términos, y criticando la adscripción a esta línea de JIMENEZ DE ASUA, señala que la "expresión sería correcta si existiese un concepto - genérico de acción comprensivo de la acción y de la omisión y si el resul tado perteneciera siempre a la acción...". Ob, cit, pág. 301.

159 RODRIGUEZ MOURULLO, G. Lugar del delito, cit, pág. 724.

160 Coincidimos, pues, con RODRIGUEZ MOURULLO en que esta es la terminología "más adecuada". Vid. Lugar del delito, cit, pág. 724.

b.- Encuadre sistemático.

El estudio del lugar de comisión del delito, generalmente junto al tema del tiempo en la comisión del mismo, tanto en la doctrina extranjera como nacional, es a nuestro modo de ver, asimismo incorrecto. En primer lugar, porque el tiempo y el lugar, no son, aunque puedan parecerlo, dos cuestiones de simetría, con particulares coincidencias. En absoluto, antes bien, son dos cuestiones completamente diferentes, sin puntos en común, y con problemáticas distintas. Baste pensar al respecto, en la temática del tiempo en el delito, epígrafe en el que han de ser tratadas y resueltas materias de tan vital incidencia penal como la retroactividad e irretroactividad de la ley penal. Nada presentan en común con el lugar del delito. En segundo lugar, y referido a su finalidad, es claro que la problemática del tiempo no presenta ninguna connotación con el campo de la ley penal en el espacio, cuando, precisamente, es aquí donde encuentra su sentido y alcance la determinación del lugar de comisión del delito porque en este punto es donde, excepcionalmente, han de tratarse y resolverse las cuestiones de la ley penal aplicable (nacional o extranjera).¹⁶

La observación de estos elementos diferenciadores nos hace rechazar el planteamiento de una parte de la literatura estimando que "hay que dar una solución unitaria para todas las cuestiones relativas al tiempo y lugar del delito", -

161 Como indicaba SINISCALCO, M. refiriéndose al artículo 6 del C.P. italiano opera exclusivamente en el ámbito de las relaciones entre el ordenamiento penal italiano y ordenamientos diversos, delineando específicamente el criterio para aquella cuestión que la doctrina francesa individualiza con la fórmula: "localización internacional del delito cometido parcialmente en Italia". Vid. Locus commissi delicti, en Enciclopedia del Diritto, vol. - XXIV, Milano, 1974, págs. 1051 y ss.

inclinándonos por el parecer de la doctrina dominante que "diferencia las soluciones en función de los problemas específicos que se hayan de resolver"¹⁶². A nuestro juicio, el lugar de comisión del delito, con independencia de que su operatividad incida también en la localización de la infracción en el territorio estatal, debe estudiarse junto a la ley penal en el espacio, ya que en este apartado es donde se plantea la zona conflictual, problemática y esencial de su contenido, a la que exclusivamente aquí nos dedicamos.

c.- Finalidad.

La determinación del lugar en el que se entiende cometido un delito, cuando la acción u omisión y el resultado se producen en territorios sometidos a diversas soberanías, tiene, obviamente, como finalidad la de decidir qué ley penal es aplicable (si la del territorio donde se llevó a cabo la acción u omisión, o si la del territorio donde se produjo el resultado). Con esta decisión, se decidirá generalmente, la competencia de los Tribunales, dada la conexión en materia penal, de la ley penal y de la competencia procesal¹⁶³.

C. PRINCIPALES TEORIAS PROPUESTAS.

Para solucionar esta cuestión se han formulado y defen-

162 Coincidimos pues con RODRIGUEZ DEVESA, J.M. al que pertenecen los párrafos er trecomillados. Vid. Derecho penal, cit, pág. 399. De igual modo, se expresa BATTAGLINI, G. Il luogo e il tempo del commesso reato, en RitDP, 1929, págs. 807 y ss.

163 En este sentido, destaca MIR PUIG su importancia "a efectos de competencia procesal, sobre todo cuando se trata de determinar si el delito se cometió en España o en el extranjero". Derecho penal, cit, pág. 194. En el doble sentido que el tema presenta, RODRIGUEZ MOURULLO estima fundamental la determinación del lugar para "a) la aplicación territorial de la ley penal (delito cometido en territorio nacional o en el extranjero). El denominado Derecho penal internacional; b) La distribución de la competencia entre los tribunales internos (forum delicti commissi)" Lugar del delito, cit, pág. 724.

dido diferentes teorías, la cuales básicamente parten de toma en consideración, ora la manifestación de voluntad, ora el resultado, exclusivamente, o ambos al mismo tiempo. A este triple grupo de teorías nos referiremos, sin perjuicio de señalar marginalmente, otros criterios propuestos cuya fortuna ha sido dispar¹⁶⁴.

- 164 Deben citarse aquí, la teoría de la valoración jurídica, sobre todo, y más subsidiariamente la teoría del fin inmediato y la teoría mixta. 1) Teoría de la valoración jurídica. Defendida por E. MEZGER estimaba que se podía adoptar uno u otro criterio (de la acción o del resultado), de acuerdo con los fines perseguidos por las distintas instituciones en que el problema se plantea. Vid. Tratado, cit, págs. 308 y ss. Lo decisivo son los aspectos valorativos, en sustitución de los puramente naturalísticos, pues como el penalista alemán señala "no se trata de precisar, conforme a una concepción naturalista, la relación espacial-temporal de un hecho, sino de contestar a la pregunta, que entraña ya en sí una valoración, de qué partes del lugar o del tiempo del hecho toma en cuenta el Derecho para conectar a ellas con secuencias jurídicas" Cit, pág. 308. Seguida por PANNAIN (citado en R. MOURULLO, Lugar del delito, pág. 724) es defendida entre otros por GOMEZ ORBE NEJA, E. quien antepone la consideración teleológica "pues se trata de una valoración con vistas a una finalidad concreta". Ob, cit, I, pág. 378; QUINTANO RIPOLLES, A. por cuanto le parece "la más convincente y, desde luego, la más práctica y factible" Tratado, cit, II, pág. 24 y RODRIGUEZ MOURULLO advirtiendo cómo debe ceder el pensamiento sistemático a las soluciones típicas, y "la consideración del fin perseguido en cada una de las materias en las cuales se plantea la cuestión del lugar del delito resulta de este modo decisiva" Lugar del delito, cit, pág. 724. Es rechazada por ANTON ONECA en cuanto "peca contra la unidad y sistema del orden jurídico, conduciendo a consecuencias incomprensibles a fuer de contradictorias, como sería que el delito se tuviera por ocurrido a la vez en uno y en otro lugar, en una y otra fecha" Ob, cit, pág. 176 Esta objeción "sólo puede seducir a quienes no perciben -dice R. MOURULLO- la índole exquisitamente valorativa y no naturalista, de la cuestión que nos ocupa". Lugar del delito, cit, pág. 724. 2) Teoría del fin inmediato. Sostiene que la localización de la infracción debe hacerse sobre la base del lugar donde se realiza o debería haberse realizado el fin que perseguía el sujeto. Vid. TEZCAN, D. Ob, cit, pág. 210. 3) Teoría mixta. Combinación de las teorías de la acción y del fin inmediato, se limita, de acuerdo con KUNTER a determinar la ley aplicable a los delitos cometidos en el extranjero para los cuales no se admite la extradición. RIND.P. 1950, pág. 213. Otras teorías, como las citadas por RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Ob, cit, pág. 399, son la teoría del efecto intermedio con la que se pretende excluir los resultados posteriores pertenecientes a tipo en la determinación del lugar de comisión del delito, y la teoría del instrumento o de la larga mano, que trata de resolver los casos en que se utiliza a otra persona como instrumento. Como las anteriores, ha tenido escasa relevancia y nula fortuna.

a.- Teoría de la actividad.

a'.- Denominación.

De diversas formas suele denominarse esta teoría. Algunos autores prefieren llamarla teoría de la manifestación de la voluntad¹⁶⁵, otros, teoría de la acción¹⁶⁶ y más raramente teoría de la iniciación del acto, residual o de voluntariedad¹⁶⁷, o teoría de la residencia¹⁶⁸, aunque en definitiva, todos ellos, en sus comentarios al respecto, emplean reiteradamente cualquiera de las acepciones citadas.

Respetando la mayoría de los vocablos, por su adecuación al significado del criterio (excluimos, sin embargo, denominaciones como "residual o de residencia" que no denotan convenientemente el sentido), y estimando que el problema terminológico resulta accesorio, nos inclinamos por la rúbrica de la actividad, que puede reflejar no sólo la acción - en sentido estricto, sino también en sentido amplio u omisión en cuanto formas conductuales, ambas, de realización del delito.

b'.- Concepto.

En virtud de esta teoría se estima que el lugar de comisión del delito es el lugar en el que el sujeto ha lle

165 Así, JIMENEZ DE ASUA Tratado, II, cit, pág. 823; ANTON ONECA, J. ob, cit pág. 174 y RODRIGUEZ MOURULLO, G. Lugar del delito, cit, pág. 725.

166 Vid. CEREZO MIR, J. Ob, cit, pág. 301.

167 Vid. QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 25.

168 Vid. RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Ob, cit, pág. 383.

vado a cabo su acción u omisión delictiva.

Lo esencial de su formulación es la manifestación de voluntad, el movimiento corporal, la exteriorización objetiva del querer interno, en definitiva, la actuación del sujeto, bien de una forma activa, bien de una forma omisiva, entendiéndose con CEREZO que "la omisión se considera producida en el lugar donde el autor hubiera debido lo más tarde realizar una conducta punitiva"¹⁶⁹.

Se prescinde, en consecuencia, de toda consideración de los efectos de la acción u omisión, para atender exclusivamente a la manifestación de voluntad.

c'.- Fundamento.

Esta teoría, defendida por una extensa lista - de destacados autores¹⁷⁰, encuentra diversos apoyos argumentales para su justificación, tanto de índole sustantiva como adjetiva.

a''.- Justificación sustantiva.

La más importante razón de este tipo a -

169 CEREZO MIR, J. Ob, cit, pág. 301, nota 49. JESCHECK utiliza la expresión "donde debía haberse actuado", Tratado, I, cit, pág. 239.

170 Pueden citarse, entre otros, en la doctrina extranjera a VON LISTZ, VON BAR, BELING, FRANCK, OEHLER, MEYER, ALLFELD, KITZNIGER, FINGER, D. DE VABRES, MIKLISZANSKI, GLASER (citados en QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II cit, pág. 24 y JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 823 y TEZCAN, D. ob, cit, pág. 205) Es defendida en nuestro país, por A. ONECA, J. ob, cit, pág. 176 y JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 823. Teoría recomendada por la Resolución del Instituto de Derecho internacional en su sesión de 1883 en Munich, gracias a la defensa de VON BAR y BRUSA, aunque modificada sin embargo, en la sesión de Cambridge de 3 agosto 1931. Asimismo admitida en principio por el Congreso Internacional de Derecho comparado de La Haya en 1932 (Vid. referencias textos en Tezcan, ob, cit, - pág. 206).

nuestro juicio, fue explicitada por ANTON ONECA, al señalar que si "la esencia del delito es la manifestación de voluntad la rebeldía contra el orden jurídico encarnado en actos exteriores", es convincente que el delito deba considerarse "cometido dónde y cuándo se realice la manifestación de voluntad"¹⁷¹. Al lado de ésta, se extrae del propio significado del principio de territorialidad, por DONNEDIEU DE VABRES, una razón complementaria, la de que tanto de su evolución histórica, como de su naturaleza, aquél aparece ligado al momento en que la acción se ha realizado¹⁷².

Este mismo autor, al igual que GLASER, esgrimen en su justificación una razón aún más subsidiaria, que puede calificarse con TEZCAN "de razón de oportunidad". El que mientras el lugar de la acción es único, generalmente, el lugar del resultado es frecuentemente múltiple, por ejemplo en aquellos delitos cometidos por medio de la prensa o por medio de telecomunicaciones¹⁷³.

Una última justificación, ésta más bien negativa de la teoría del resultado que afirmativa de la teoría de la acción, es la utilizada por MIKLISZANSKI, el cual razona trayendo a colación que el lugar del resultado es ocasional, no dependiendo frecuentemente de la voluntad del autor, lo que deriva como consecuencia que el sujeto deba res-

171 ANTON ONECA, J. Ob, cit, pág. 176.

172 Opinión recogida en TEZCAN, ob, cit, pág. 206.

173 TEZCAN, Ob, cit, pág. 206.

ponder de su acto por una ley que no ha determinado¹⁷⁴.

b'.- Justificación adjetiva.

La predilección de la doctrina por esta teoría trae causa, decía DEL ROSAL, "de que facilita otros problemas subsidiarios (querrela, prescripción, formas de aparición del delito, etc)"¹⁷⁵. Con ser ello cierto, en realidad las apoyaturas de esta índole se hallan en el mismo fundamento de carácter procesal expuesto a propósito del principio de territorialidad, esto es, que allí donde se llevó a cabo la acción (u omisión) se encuentran los elementos de la prueba, la actividad criminal realizada, etc.

d'.- Crítica.

Este criterio de la actividad no elimina los problemas originados por aquellos delitos a distancia, complejos, etc., los cuales, cuando la producción del resultado tiene lugar en territorio diferente al de la actividad, pueden ser objeto del interés del poder punitivo de dos o más Estados, causando conflictos innecesarios entre las competencias soberanas¹⁷⁶. Pero, aún más objetable será el hecho de -

174 MIKLISZANSKI, M. Le lieu du dèlit en Droit Pénal International, en RINDP, 1936, pág. 271.

175 DEL ROSAL, J. Tratado, cit, pág. 402. En el mismo sentido del texto, DON NEDIEU DE VABRES, en TEZCAN, ob, cit, pág. 206.

176 TEZCAN alude asimismo, a esta objeción, apuntando la ausencia de respuesta para limitar los conflictos de competencia territorial ofrecidos por esta teoría. Vid. Ob, pág. 210.

que el Estado de producción del resultado carezca de interés en su represión, provocando la impunidad total del autor del delito, haciéndole responder únicamente de la actividad desplegada, y, en la medida en que ésta fuera constitutiva de una infracción, en el Estado en cuyo territorio se desarrolló la actividad. Esta última razón aludida por JIMENEZ DE ASUA, aparece como decisiva para refutar tal criterio, en cuanto pueda conducir a impunidades indeseables en los supuestos de trascendencia internacional, sin dar solución, por otro lado, a los conflictos de soberanía que se pueden producir¹⁷⁷.

b.- Teoría del resultado.

a'.- Denominación.

La terminología usual se decanta por este término, aún cuando también se usen los de la consumación¹⁷⁸, - el resultado final, intermedio o de luenga mano¹⁷⁹.

Desde nuestro punto de vista, la denominación más apropiada es la del resultado, por cuanto en ella no se reflejan connotaciones que obedezcan a una concreta configu-

177 JIMENEZ DE ASUA se pronuncia por "el sitio donde se produjo la manifestación de voluntad", aunque prefiere aceptar en orden a la trascendencia internacional del asunto "por motivos prácticos y para evitar la posible impunidad del autor de un delito, la teoría de la ubicuidad en cuanto -- las acciones u omisiones planteen problemas de carácter internacional", refutando, de paso, la tesis de E. SCHMIDT al reformar el tratado de V. LISZT en sentido contrario. Vid. Tratado, II, cit, págs. 480 y 824.

178 RODRIGUEZ MOURULLO, G. Lugar del delito, cit, pág. 725.

179 QUINTANO RIPOLLES emplea estos tres términos. Vid. Tratado, II, cit, -- pág. 25.

ración del iter criminis, como ocurriría en el supuesto de la consumación, sino que abarca sin dificultades semánticas otros momentos del desarrollo del delito como son las formas imperfectas de ejecución.

b',- Concepto.

El delito se entiende cometido en aquel territorio en el que se produce el resultado o consecuencia de la conducta activa u omisiva del sujeto.

Lo decisivo para esta teoría es el lugar donde se produce el resultado¹⁸⁰, donde se decide "el último momento de la acción criminal, es decir, el consumativo"¹⁸¹, prescindiendo de cualquier otra consideración, y en concreto del lugar de realización de la acción.

c'.- Fundamento.

Defendida por BARTODO y BALDO "aunque no siempre consecuentemente"¹⁸², HABERLIN y NEUMEYER, y respaldada por la IV Conferencia internacional de Abogados celebrada en Santiago de Chile, ha sido siempre tesis minoritaria en la -

180 Esta concreta expresión utilizada por RODRIGUEZ DEVESA, J.M. ob, cit, pág. 399; CEREZO MIR, J. ob, cit, pág. 301; CUELLO CALON, E. ob, cit, pág. 357 R. MOURULLO, G. Lugar del delito, cit, pág. 725; JESCHECK, H.H. Tratado, I, cit, pág. 239 y GIMBERNAT ORDEIG, E./GONZALEZ DE AMEZUA, C. Algunos problemas de extradición en Derecho español. Estudios penales. Libro homenaje al prof. J. ANTON ONECA. Universidad de Salamanca, pág. 250.

181 Vid. QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 24 y JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 824.

182 Apostilla de RODRIGUEZ DEVESA, J.M. ob, cit, pág. 399.

ciencia europea, aunque ha tenido no obstante, una larga aplicación en los derechos anglonorteamericanos¹⁸³.

Las razones que amparan esta teoría, pueden resumirse en estos dos principios: - el que desde un punto de vista dogmático, el delito se ha cometido cuando se ha producido el resultado querido, y - el que en lugar de producción de los efectos de la infracción es donde se conmociona la -- tranquilidad pública. El primero de ellos, esgrimido por DEL ROSAL¹⁸⁴, y el segundo por TEZCAN¹⁸⁵, no han servido, sin embargo, para ahorrarse críticas muy negativas a esta solución, prácticamente abandonada en la actualidad en el común de las legislaciones.

d'.- Crítica.

En efecto, puede decirse que las mayores críticas por su consistencia y relevancia, las ha merecido esta teoría, calificada contundentemente de inaceptable, pura ficción o posibilitadora de soluciones irreales¹⁸⁶.

En el ángulo estrictamente penal, se objeta la imposible aplicación efectiva de esta tesis en ciertos delitos, así como la multiplicidad de leyes penales que pueden -

183 Vid. antecedentes legislativos y jurisprudenciales de estos derechos en TEZCAN, D. ob, cit, págs. 213 a 215.

184 Vid. Tratado, cit, pág. 402.

185 Ob, cit, pág. 211.

186 Términos pronunciados por QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 27, MOORE (opinión disidente de uno de los jueces en el asunto LOTUS) citado en TEZCAN, ob, cit, pág. 212, y ANTON ONECA, ob, cit, pág. 175, respectivamente. Este último lo ejemplifica diciendo que "nadie comprenderá como puede considerarse un homicidio cometido en Suiza y en 1948, porque la muerte ocurrió entonces a consecuencia de heridas ocasionadas en Madrid un año antes. TEZCAN también alude a la irrealidad de esta tesis, por cuanto la tranquilidad no es perturbada únicamente en el lugar del resultado, sino igualmente en el de la acción.

devenir aplicables cuando el delito produce efectos en varios territorios a la vez. Lo primero, ocurrirá en aquellos supuestos de infracciones que queden en grado de tentativa o de frustración (aunque éste último es discutible) y en las infracciones de simple actividad o delitos puros de omisión por carecer material y formalmente de resultado, con las consiguientes lagunas represivas¹⁸⁷. Lo segundo, tendrá lugar, en aquellos supuestos en los que el lugar del resultado escapa a la voluntad del sujeto y se produce por azar en territorios diferentes a los efectivamente queridos¹⁸⁸. En base a estas importantes objeciones, es perfectamente comprensible el abandono y refutación de este criterio para determinar el lugar de comisión del delito. Sus consecuencias son inaceptables por insatisfactorias para resolver convincentemente la problemática del lugar de comisión, en las infracciones con connotaciones internacionales.

c.- Teoría de la ubicuidad.

a'.- Denominación.

La intitulación de la teoría de la ubicuidad,

187 CUELLO CALON, E. se refiere a ambos tipos de razones penales citando los delitos de tentativa y concluyendo que en esa base y dado que en ciertos delitos se puede producir el resultado en diversos lugares, la aplicación de esta teoría sería causa de posibles conflictos jurisdiccionales, de ahí que hoy sea una doctrina abandonada a causa de las consecuencias a que conduce. Ob, cit, pág. 357. RODRIGUEZ DEVESA, J.M. subraya la imposible aplicación - en los supuestos delictivos citados en el texto, rechazando la teoría del resultado porque llevaría a afirmar que el delito es intemporal o inespecial conclusión tan fuera de la realidad que ha de ser negada. Ob, cit, pág. 383. Vid. en el mismo sentido la manifestaciones de DONNEDIEU DE VABRES y GLASER citadas en TEZCAN, ob, cit, pág. 206, nota 125.

188 Objeción de MIKLISZANSKI, ob, cit, pág. 272 y, también de DONNEDIEU DE VABRES, vid, TEZCAN, ob, cit, pág. 206, nota 123.

llamada así por la ficción "pars pro toto" según GOMEZ ORBANEJA¹⁸⁹, es también denominada teoría de conjunto¹⁹⁰, mixta¹⁹¹, unitaria¹⁹², teoría de la unidad o equivalencia del lugar¹⁹³ o teoría de la competencia concurrente¹⁹⁴.

Cualquiera sea el término empleado de los propuestos, todos ellos pueden dar cabal idea de la ambivalencia de los dos lugares (actividad y resultado) a la hora de determinar la localización de donde se estima cometida la infracción. La preferencia, en definitiva, adoptada por nosotros en cuanto a la rúbrica, procede sin más de la aceptada generalización del término ubicuidad por la doctrina, reduciendo los otros vocablos a meros sinónimos subsidiarios.

b'.- Concepto.

Se entiende que el delito se ha cometido tanto en el lugar donde el sujeto ha realizado la manifestación de voluntad o donde debiera haberse realizado la acción u omisión, como en el lugar donde se ha producido el resultado o efectos de aquéllas.

189 Ob, cit, pág. 381.

190 Vid. CUELLO CALON, E. Ob, cit, pág. 356.

191 Vid. GIMBERNAT, E./GONZALEZ DE AMEZUA, C. Cit, pág. 250; ANTON ONECA, J. Ob, cit, pág. 175; RODRIGUEZ DEVESA, J.m. Ob, cit, pág. 399. En nota 164, advertíamos de la utilización de este término, en sentido completamente diferente al asignado por estos autores.

192 GOMEZ ORBANEJA, Ob, cit, pág. 379.

193 QUINTANO RIPOLLES, ob, cit, pág. 25.

194 OEHLER. Citado en TEZCAN, ob, cit, pág. 216.

Aparece así ésta, como una teoría combinada - de las dos anteriores (actividad y resultado), en la que priman por igual los lugares de realización de la acción (u omisión) y del resultado, poseyendo ambos la misma significación o equivalencia. Tan decisivo, por eso, es el sitio en el que el sujeto realizó el comportamiento, la actividad delictiva, total o parcialmente, como el lugar en que efectivamente se lesionó el bien jurídico protegido, que no es sino el resultado de aquella conducta¹⁹⁵. En último término, se deduce consiguientemente que los Tribunales "de cualquiera de los dos países tienen competencia para conocer el delito"¹⁹⁶

c'. - Fundamento.

Sostenida por JULIO CLARO y FARINACIO¹⁹⁷, fervientes partidarios del cosmopolitismo de los delitos, así como por algunos de los más relevantes autores teutones como BINDING¹⁹⁸, LOBE, MAYER, WACHENFELD, VON HIPPEL, MEZGER, E. SCHMIDT¹⁹⁹ y españoles como QUINTANO RIPOLLES y JIMENEZ DE

195 Vid. de acuerdo con estas premisas, entre otras las definiciones dadas en la doctrina patria, por ANTON ONECA, J. Ob, cit, pág. 174; CUELLO CALON, E. Ob, cit, pág. 358; RODRIGUEZ MOURULLO, G. Lugar del delito, cit, pág. 725; GIMBERNAL, E./GONZALEZ DE AMEZUA, C. cit, pág. 250; CEREZO MIR, J. ob, cit, pág. 301; RODRIGUEZ DEVESA, J.M. ob, cit, pág. 399; o la de JESCHECK, H.H., Tratado, I, cit, pág. 358.

196 GIMBERNAL, E./GONZALEZ DE AMEZUA, C. cit, pág. 250.

197 Citados en RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Ob, cit, pág. 400.

198 Al que QUINTANO RIPOLLES concede el mérito de haberla "hecho triunfar casi constantemente en la jurisprudencia alemana, aunque sólo, generalmente, en el terreno del Derecho interno". Tratado, II, pág. 25.

199 Doctrina citada en QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 25 y JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 824.

ASUA²⁰⁰, así como DEL ROSAL²⁰¹, fué la teoría recomendada -- por la Conferencia internacional para la Unificación del Derecho penal habida en Varsovia en 1927, y por el Instituto de Derecho internacional modificando su resolución adoptada el 3 de agosto de 1931²⁰². Su aceptación en la doctrina penal española actual es elocuente²⁰³, al igual que en buena parte del Derecho positivo comparado, como puede constatarse con un simple repaso de las legislaciones, v.g. alemana (parágrafo 9.1) y 2) del Código penal), austriaca (parágrafo 67.2), italiana (artículo 6), suiza (artículo 7) o portuguesa (artículo 7)²⁰⁴

200 Tanto QUINTANO RIPOLLES como JIMENEZ DE ASUA son partidarios de esta teoría para los delitos que tienen trascendencia en territorios sometidos a distintas soberanías. Vid. obras y págs. citadas en notas precedentes. También GÓMEZ ORBANEJA, E. cit, pág. 379, CUELLO CALON, E. ob, cit, pág. 358.

201 DEL ROSAL, J. Tratado, cit, pág. 402.

202 Vid. referencia del texto de esta última en TEZCAN, ob, cit, pág. 217.

203 Vid. entre otros, CEREZO MIR, J. ob, cit, pag. 302; RODRIGUEZ MOURULLO, G. Lugar del delito, cit, pág. 725; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S. Ob, - cit, pág. 193; MIR PUIG, S. Derecho penal, cit, pág. 195; RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Ob. cit, pág. 401; BUSTOS RAMIREZ, J. ob, cit, pág. 107; LANDROVE DIAZ G. pág. 190.

204 El parágrafo 9 del C.P. alemán dispone: "1) Un hecho se comete en el lugar en que el autor ha actuado o, en caso de omisión, en que debía actuar, o en el que se ha producido un resultado típico, o en el que conforme a la representación del autor, debía producirse. 2) La participación se comete en el lugar en que se comete el hecho como también en todo lugar en que el partícipe haya actuado o, en caso de omisión, hubiere debido actuar o, conforme a su representación hubiese debido cometer el hecho. Actuando en el interior, el partícipe de un hecho en el extranjero, vale para la participación el derecho penal alemán, aun cuando el hecho no esté amenazado con pena conforme al derecho del lugar del hecho". Mas sencillamente, el parágrafo 67.2 del C.P. austriaco dice: "El autor es reputado de haber cometido un acto castigado con una pena en todo lugar donde ha actuado o bien debería haber actuado, o bien en todo lugar donde se produce un resultado, total o parcialmente, de los hechos constitutivos de una infracción en la que ha intervenido o debería haber intervenido según la idea del autor". El art. 6 del C.P. italiano, segundo inciso, dice: "El delito se considera cometido en el territorio del Estado, cuando la acción u omisión, que lo constituya, se ha realizado en todo o en parte, o bien se ha verificado el resultado que es la consecuencia de la acción u omisión". El art. 7º del C.P. suizo reza: "1. Un crimen o un delito se reputa cometido tanto en el lugar en el cual el agente lo realiza cuanto en el que se verifica el resultado. 2. La tentativa se reputa cometida tanto en el lugar en el cual el agente la realiza cuanto en el que según su intención, debería haberse verificado el resultado". Por último el C.P. portugués, en su art. 7º dice: "O facto considerase praticado tanto no lugar em que, total ou parcialmente, se sob qualqu岸er forma de participacão, o agente actuou ou, no caso de omissão, devia ter actuado, como naqu岸ete em que o resultado típico se tenha produzido."

Una de las fundamentales razones esgrimidas en favor de esta teoría halla su justificación en la consecución de una represión sin lagunas de las infracciones, aunque para ello haya de "incriminar el delito en no importa qué lugar - por entender que las necesidades de la infracción deben primar a todas las demás consideraciones"²⁰⁵. En efecto, a esta razón alude también JESCHECK señalando la invocación que se efectúa a la equivalencia de acción y de resultado para el contenido criminal del hecho y la necesidad de cubrir las lagunas que surgen con la aplicación del principio de territorialidad²⁰⁶. Y, precisamente, en la esencia del principio de territorialidad y en la perfecta consonancia de esta teoría con su significado, se justifica por RODRIGUEZ MOURULLO por cuanto "la integración del criterio de la ubicuidad con referencias hipotéticas, tales como las del lugar en donde según la representación del autor debería haberse producido el resultado, obedece al propósito de asegurar al máximo la finalidad esencial del principio de territorialidad"²⁰⁷.

d'.- Crítica.

Con carácter general una objeción tradicional

205 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit., II, pág. 25.

206 Vid. Tratado I, cit., pág. 239 Argumentaciones similares son que "evita lagunas que conduzcan a impunidades absurdas" y "es más conveniente políticamente criminalmente" MIR PUIG, S. Derecho penal, cit., pág. 195. Coinciden con él en el primer apoyo CUELLO CALÓN, E. Ob, cit., pág. 358; RODRIGUEZ DEVESA, J.M. ob, cit., pág. 401; BUSTOS RAMIREZ, J. ob, cit., pág. 107; y en el segundo LANDROV DIAZ, G. Ob, cit., pág. 190; CEREZO MIR, J. Ob, cit., pág. 303 "es la más favorable a los intereses sociales", señala además CUELLO CALÓN, Ob pág. citada; y garantiza mejor la consecuencia de la finalidad de evitar la impunidad ratifica RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Ob, y pág. citada.

207 El autor citado sigue, en esto, la idea de GOMEZ ORBANEJA. Vid. Lugar del delito, cit., pág. 725.

explicitada en contra de la teoría de la ubicuidad, trae -- causa de la producción de conflictos originados por su propia significación, al posibilitar, conceptualmente, que sean de aplicación tanto la ley del lugar de realización de la acción, cuanto la del lugar de producción del resultado²⁰⁸. La referida crítica se proyecta sobre la inadmisibles consecuencia que puede derivar de que al quedar el hecho atraído por las leyes de distintos países, se vulnere o infrinja el principio nec bis in idem²⁰⁹.

Recientemente se ha puesto de manifiesto por COBO y VIVES un nuevo inconveniente, al "representar, quiera se o no, el otorgamiento de una eficacia ultraterritorial a las leyes penales, que puede entrar en pugna con la soberanía de otros Estados y producir no pocos problemas desde el punto de vista de la justicia material"²¹⁰.

En cualquier caso y con ser ciertos los inconvenientes y objeciones precedentes, los conflictos que puedan producirse, al ser positivos son, como indicaba JIMENEZ DE ASUA "más fácilmente resolubles" que los negativos²¹¹, los

208 Vid. al respecto opinión de ANTON ONECA mostrando como esta excepción a la regla general trae consigo conflictos cuando son varios los que se crean competentes, como el del LOTUS, que no tienen solución sino abandonando la teoría unitaria. ob, cit, pág. 176. La misma opinión en JIMENEZ DE ASUA Tratado, II, cit, pág. 829 y TEZCAN, D. ob, cit, pág. 225.

209 SCHULTZ, H. manifiesta "si la competencia de otro Estado según el principio de territorialidad está en juego, es recomendable respetar la máxima del no bis in idem, de la forma más estricta". Opinión recogida en TEZCAN Ob, cit, pág. 225, nota 190.

210 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S. Ob, cit, pág. 193.

211 Vid. Tratado, II, cit, pág. 829.

cuales tendrían difícil solución cuando los criterios empleados por los diversos países estuvieran comprendidos entre la teoría de la acción y la del resultado. El límite debe venir impuesto, siempre, por la imposibilidad de castigar dos veces el mismo hecho.

Por otra parte, su decisivo interés y las ventajas deducidas de un criterio como el de la equivalencia del lugar, superan sobradamente los inconvenientes a los que pueda dar lugar. Si, la más importante objeción formulada a las teorías de la actividad y del resultado era mutatis mutandis la misma, esto es, que no cumplían adecuadamente con la represión de los delitos que presentaban trascendencia internacional; esta objeción sobra en la teoría de la ubicuidad, pues cubre y elimina perfectamente aquellas lagunas. Si a las referidas teorías se oponían las distintas concepciones manejadas acerca de la prevalencia, en un caso, de la manifestación de voluntad; en el otro, del resultado, a ésta no se le puede reprochar lo mismo, ya que prescinde de dichas referencias y considera, a estos efectos, ambivalentes y decisivos ambos momentos.

A nuestro juicio, esta es la tesis que más -- aceptablemente sirve a los fines de la represión de los delitos en cuestión, cuyas particularidades los hacen quedar sujetos a distintas leyes penales nacionales. De cualquier modo sería deseable que se arbitrasen sistemas impidiendo, de for-

ma clara y tajante, la vulneración del principio non bis in idem, tanto en su vertiente procesal como en su vertiente -- penal. A este propósito, una posible fórmula de superación - de todo hipotético riesgo de quebrantamiento de este impor- tante axioma del principio de legalidad, podría resultar de - la aceptación de la competencia de la jurisdicción que hubie re instado previamente la represión de la infracción."

SECCION TERCERA

LA EXTRATERRITORIALIDAD PENAL

CAPITULO IV.

PRINCIPIO DE PERSONALIDAD

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Este criterio de conexión que recibe diferentes denominaciones en la literatura, así principio de personalidad¹, -- principio personal², o del estatuto personal³, principio de la nacionalidad⁴, principio de sujeción⁵, y que parte de to--

- 1 La más extendida, vid. entre otros en España: ANTON ONECA, J., ob, cit, pág. 116; CEREZO MIR, J., ob, cit, pág. 200; RODRIGUEZ MOURULLO, G., ob. cit, pág. 162; SAINZ CANTERO, J.A., ob, cit, pág. 167; MIR PUIG, S., ob. cit, pág. 15; en Alemania, vid. WELZEL, H., ob, cit, pág. 46; en Italia, GRISPIGNI, F., ob, cit, pág. 374; PAGLIARO, A., ob, cit, pág. 140; o BETTIOL, G., ob, cit, pág. 160; por último, vid. BOUZAT, P./PINATEL, J., ob. cit, pág. 1626 y SOLER, S., ob, cit, pág. 149. FIERRO, considera este término más correcto "por ser más comprensivo ya que existen Estados que toman como punto de referencia el domicilio del sujeto en lugar de su nacionalidad". Ob, cit, pág. 143.
- 2 En España, v.g. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S., ob, cit, pág. 193; POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 465; RODRIGUEZ DEVESA, J.M., ob, cit II, pág. 65 o CUELLO CALON, E., ob, cit, I, pág. 243. En Alemania, vid. MEZGER, E. Ob, cit, I, pág. 110 o MAURACH, R. Ob, cit, I, pág. 125.
- 3 Es el caso de DEL ROSAL, J., ob, cit, pág. 371; PUIG PEÑA, F., ob, cit, pág. 171; SANCHEZ TEJERINA, I., ob, cit, pág. 137.
- 4 Vid. MANTOVANI, F., ob, cit, pág. 820; LANDROVE, G., ob, cit, pág. 132, o TERAN LOMAS, R., ob, cit, pág. 184.
- 5 Así, VON LISZT, F., ob, cit, pág. 114, y JIMENEZ DE ASUA, L., ob, cit, - II, pág. 753.

tomar como punto de referencia la nacionalidad o condición personal del sujeto activo (y/o pasivo) del delito, no es una regla de la extraterritorialidad penal única, ni siquiera básica o fundamental, sino complementaria y subsidiaria, junto con otras, del principio de territorialidad.

En efecto, la extraterritorialidad penal no se apoya, exclusivamente, en el principio de personalidad para extender el ámbito de aplicación de la ley nacional a hechos delictivos ocurridos en territorios extranjeros, sino que utiliza conexiones diferentes, ampliando su eficacia -y jurisdicción- por razones diversas de la nacionalidad o del estatuto personal de los sujetos. Parece razonable que ello sea así, en la medida que el principio en cuestión tiene una incidencia relativa y cuestionable sobre los intereses nacionales en el extranjero y, por otra parte, dichos intereses no han de ser, necesaria e inevitablemente, puestos en peligro o lesionados allí por personas de la misma nacionalidad.

Su incidencia, decimos, es relativa, en tanto en cuanto la inmensa mayoría de los supuestos delictivos comprendidos bajo este criterio (que son, en realidad, todos los delitos, exceptuando los que caen en el área específica del principio real), quedarán sometidos a la ley penal del territorio en el que se cometen. Y es cuestionable, señalábamos, por cuanto tiene de cesura del principio de territorialidad. Esto es bien comprensible, sobre todo si tenemos en consideración su

carácter absolutamente supletorio y subsidiario, derivado de la vigencia de axiomas tales como el de la no entrega del nacional que después de cometido el delito en territorio extranjero se refugia en su propio territorio, y en la consiguiente inaplicación de la ley del lugar donde, efectivamente se produjo el quebrantamiento o perturbación del orden jurídico.

Solamente operando con una indemostrable ficción -rechazable, a nuestro modo de ver-, incluso por lo que tiene de hipócrita y falaz, esto es, aquella explicación formalizada sobre la estrecha ligazón existente entre el ciudadano y sus leyes dondequiera que éste se halle, y en su reverso, el alargamiento del brazo protector del Estado sobre su nacional delincuente e infractor de las leyes extranjeras, se justifica en teoría este principio. El cual en su vertiente práctica obedece, sin duda, a la necesidad obvia, por sus efectos indeseables, de que el Derecho penal dé cumplida satisfacción cuando, perturbado el ordenamiento jurídico extranjero, el sujeto culpable lo elude buscando refugio en el territorio de su nacionalidad.

Carácter supletorio, cuestionable y a nuestro juicio censurable, este criterio debe considerarse desde una idea razonable de realización de la justicia punitiva como innecesario, puesto que descansa sobre prevenciones que no son, en absoluto, convincentes, ó al menos no en términos generales;

y en la medida que no posee un contenido a modo de específico complemento de intereses o bienes jurídicos nacionales en el extranjero.

II. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD.

El principio de personalidad comporta conceptualmente según observa POLAINO, "la antítesis categorial del principio territorial, por cuanto propugna postulados antagónicos a -- los sustentados por éste"⁶.

Pero, ¿cuáles son esos postulados?. El principal, indudablemente, y el que da sentido pleno a éste, es que la ley penal propia del ciudadano, debe aplicarse a todos los delitos "perpetrados por los ciudadanos del Estado cualquiera que sea el sitio -territorio estatal o territorio extranjero- en que esos hechos delictivos fuesen cometidos"⁷.

Con esta exclusiva referencia, puede deducirse ya que la concepción del principio de personalidad representa la contrapartida a "la-idea de la determinación de la soberanía del Estado por su territorio", al hacer recaer "el acento en el -- elemento personal"⁸.

6 POLAINO NAVARRETE, M. Ob, cit, pág. 465.

7 Este es el significado atribuido por JIMÉNEZ DE ASUA, L, Tratado, cit, - II, pág. 753, CEREZO MIR, J., ob, cit, pág. 200, COBO DEL ROSAL, M. y -- VIVES ANTON, T.J., ob, cit, pág. 193, MIR PUIG, S., ob, cit, pág. 15.

8 DEL ROSAL, J. Ob, cit, pág. 372.

La relación o enlace, efectivo, entre el Estado y su nacional, aunque éste se halle en el extranjero, tiene como segundo efecto esencial, apuntado por QUINTANO RIPOLLES "el de -- mantener su propio fuero jurisdiccional sobre personas que -- se hallan más allá de los propios límites territoriales, y -- en las que la cualidad subjetiva, el status, puede más que -- la consideración geográfica y localista"⁹.

En definitiva, su significación se reduce o limita a la -- aplicación de la ley nacional por los Tribunales nacionales a aquel sujeto vinculado por su status de nacionalidad, que ha cometido en el extranjero una infracción¹⁰. Frente al -- principio de territorialidad que coloca el énfasis en un -- elemento objetivo, el territorio de soberanía del Estado, el principio de personalidad hace de un elementosubjetivo, la relación Estado-ciudadano, el pivote central de su operatividad.

III. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD.

A. GENESIS HISTORICA.

Algunos autores ponen de relieve cómo este principio -- ha sido el primer punto de conexión, o primera base, del ar-

⁹ Ob, cit, Tomo II, pág. 66.

¹⁰ Postura coincidente con la opinión de JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, cit. II, pág. 761.

mazón del Derecho penal internacional, al estar fundado sobre la antigua concepción del estatuto jurídico por el cual toda persona se hallaba determinada por la pertenencia a su comunidad, a la que estaba permanentemente vinculado por ser portador de su derecho nacional¹¹.

Esta ligazón, a la que se alude con el brocardo latino "lex ossibus inhaeret", tuvo otras modalidades diversas, basadas en similares relaciones de pertenencia personal del sujeto, las cuales aportaban la misma implicación en materia penal¹².

Su origen se hace remontar a la formación de los "pequeños y autónomos territorios estatales, dotados de soberanía propia y competencia penal"¹³, en los que comienza a dominar y aplicarse, consiguiendo un "singular y explicable predicamento", precisamente en las pequeñas repúblicas italianas del Renacimiento y "en los principados y ciudades alemanas anteriores al Imperio"¹⁴.

Es, en efecto, la Alta Edad Media testigo de la preponderancia de este principio, bajo la doctrina de los Estatutos¹⁵. En esta época se encuentran antecedentes de su vigen-

11 En este sentido, JESCHECK, H.H. Tratado, I, cit, pág. 227 y MANTOVANI, F., ob, cit, pág. 820.

12 Nos referimos con MANTOVANI a los sistemas de personalidad utilizados -- "por el derecho bárbaro, por el derecho eclesiástico medieval y por el derecho feudal, fundados respectivamente sobre la raza del delincuente, sobre la unión espiritual con la Iglesia (clero, fieles) o sobre la conexión al suelo", ob, cit, pág. 820. QUINTANO RIPOLLES, A. revela únicamente "su primordial progenie canónica". Tratado, II, pág. 82.

13 Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 726.

14 Vid. QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, ob, cit, pág. 68.

15 Vid. ANTON ONECA, J. Ob, cit, pág. 116.

cia en las Capitulaciones de los Carolingios y en los Códigos sardo y toscano¹⁶.

De manera "ardiente" los escritores medievales y los juriconsultos debatieron en pro y en contra del reconocimiento del derecho a juzgar a sus ciudadanos¹⁷, apareciendo así enfrentadas a las opiniones favorables de FARINACIO, BARTOLO, CLARO, BOEMERO y DACIANO, las contrarias de BOERIO, COVARRUBIAS, AYRAULT y FOUSSET entre otros¹⁸. Los argumentos de los juriconsultos medievales para castigar a sus ciudadanos que había cometido delitos en el extranjero, incluso contra extranjeros, se basaban esencialmente, en la ausencia de vínculo de sujeción jurídica del sujeto al lugar del delito, o en el hecho de que el juez del lugar no hubiese provisto a indicar la ofensa¹⁹.

Mucho tiempo después, este criterio fue defendido con

16 En las Capitulaciones de los Carolingios se encuentra, "frecuentemente la declaración de que cada uno debe pagar la composición según su derecho personal", Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, cit, II, pág. 726. - Los códigos citados, anteriores a la unidad italiana, "se inspiraban en gran parte en el principio de personalidad, prefiriendo la tradición vernácula al territorialismo francés". Así, QUITANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, II, pág. 68, nota 5.

17 Vid. FIORE, P. Ob, cit, pág. 47.

18 Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 726 y FIORE, P., ob, -- cit, pág. 47. BARTOLO, aducía "si iudex loci ubi civis meus offenditur offensam non vindicat, tunc féeri potest Statum contra offeendentem extra territorium", y BOEMERO establecía "cum locus delicti nexum subjectionis tollere necquet". Citas extraídas de PESSINA, E. Elementos, cit. pág. 226.

19 Ambas ideas expresadas en JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, cit, II, pág. - 726.

carácter prevalente por autores como HELIE, BERNER²⁰, y posteriormente, por positivistas como FEDOZZI y BALDASSARI²¹.

A nivel legislativo su fortuna ha sido más bien escasa por cuanto, con independencia de su consagración en el parágrafo 36 del Código austriaco de 1803 y de los Códigos de Baviera de 1813 y de Sajonia de 1838, únicamente ha visto su triunfo en el Código ruso de 1926²², antes de recibir reconocimiento como criterio rector en la ordenanza de 6 de marzo de 1940 del Tercer Reich, que reimplantó en el parágrafo 3 del Código penal el citado principio. Y es que según señalara MAURACH, el principio personal "como base de la vigencia del Derecho penal en el espacio, si bien se encontraba ya -- previsto en el proyecto de 1909, al ser instalado en la práctica fue tomado por la Ordenanza de 6 de mayo de 1940, del -

20 QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 71 considera a HELIE acérrimo partidario de este sistema, en base a la conexión ficticia de la "noción de súbdito temporal", en virtud de la cual "el extranjero se asimila al nacional durante su permanencia en el territorio, adquiriendo una especie de ciudadanía provisional y precaria, bastante para que sobre el mismo recaiga eventualmente el peso de la ley penal local, caso de delinquir en él". PUIG PEÑA, F. Ob, cit, pág. 142, añade, junto a HELIE, a BERNER en Francia y BECCARIA en Italia. Discrepamos del posicionamiento que se hace del autor italiano, debido sin duda a la lectura, extrapolada de su contexto original, de su famosa y repetida afirmación de que "la ley nacional debe seguir al ciudadano como la sombra al cuerpo". Nos remitimos a las reflexiones efectuadas sobre la posición de BECCARIA al tratar del principio de personalidad en nuestro país.

21 Citados por JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 755.

22 En QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 71, donde señala la operatividad del modo más estricto y exclusivo de este principio, que denomina "de imperialismo procesal".

Derecho austriaco"²³.

Aunque deba su origen formal al nacionalsocialismo, es preciso recordar que la vigencia de este sistema en Alemania erigido en punto básico o fundamental se extiende hasta la ley de reforma del Código penal de 4 de julio de 1969, que no entró en vigor hasta el 1º de enero de 1975, fecha en la cual, el ámbito de aplicación de la ley penal alemana (artículos 3 a 7) volvió a tener al principio de territorialidad como nexos fundamentales.

En la actualidad no se halla consagrado en las legislaciones nacionales sino como principio complementario del de territorialidad, sujeto a determinados obstáculos sustantivos y procesales.

B. FUNDAMENTO.

La vigencia e importancia del principio de personalidad se pretende legitimar recurriendo a diferentes justificaciones, de distinta índole, que no siempre resultan compatibles ni congruentes entre sí, y que pueden agruparse en torno a dos nociones: una primera, de naturaleza eminentemente política, que puede subdividirse a su vez, en estos tres aspectos, por su origen, en el primado de las nacionalidades, y -

23 MAURACH, R. Tratado, cit, pág. 125 .

por su finalidad, en el deber defidelidad del ciudadano a -- sus leyes y/o en el derecho de representación; y una segunda noción, de naturaleza estrictamente penal, subdividida por -- su parte, en cuanto a los destinatarios de las normas penales y en cuanto basada en razones pragmáticas o realistas. Exponemos a continuación los argumentos que se han explicitado -- para apoyar las referidas nociones legitimadoras.

a) Naturaleza eminentemente política.

.. a'.- Primado de las nacionalidades.

Infieren determinados autores (DONNEDIEU DE VA BRES, QUINTANO RIPOLLES y JIMENEZ DE ASUA, entre otros), que la teoría personalista "resulta de la política de las nacionalidades tan vigorosa a mediados de la pasada centuria, cuando MANZINI la proclamaba la idea madre"²⁴. Precisamente por adoptar como concepción hegemónica la consideración o elemento de la nacionalidad, relegando a un segundo término el elemento material, se alza-prima el criterio de conexión basado en la personalidad, entendido "como grupo de personas sometidas a una autoridad común"²⁵.

24 Vid. QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 70; DONNEDIEU DE VABRES, H. Précis, cit, pág. 447 y JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 754.

25 Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 754.

Ciertamente, no debe negarse la coherencia de una argumentación como la descrita, partiendo de una proposición sencilla y contundente, cual la de nucleizar al Estado sobre la base de la nacionalidad. Pero no cabe duda que en la actualidad, el Estado, compuesto de al menos tres elementos fundamentales: pueblo, territorio y poder o autoridad²⁶, no alza--prima o eleva uno de ellos por encima de los demás, y mucho menos es sostenible que lo haga, manteniendo los argumentos que originariamente promovieron su existencia. Esto es, puede aceptarse que el origen del principio de personalidad se halle en el auge del sentimiento de las nacionalidades, donde encontraría adecuado sentido, pero no puede admitirse que ese sentimiento siga sosteniendo su justificación.

b'.- Deber de fidelidad del ciudadano a sus leyes.

Denomínese así, o bien, deber de obediencia, - lo esencial de esta noción es que es fiel traducción de aquel aforismo de BARTOLO "res publica interest habere bonus subditus", más recientemente empleado por DONNEDIEU DE VABRES en el adagio "interest est civitatis habere bonus subditus"²⁷.

Deben destacarse aquí dos particularidades, por un lado, la especial consideración del súbdito o nacional, y

26 Vid. exposición sobre este tema en la primera parte de este trabajo.

27 Vid. Précis, cit, pág. 447.

por otro lado, la obediencia o fidelidad que éste debe tener a sus leyes. Ambas confluyen en la estimación de que las fronteras no suponen ningún obstáculo para mantener la especial ligazón y el deber de fidelidad, que se traduce en la protección dispensada por el Estado, aunque se trate de hechos cometidos en territorios sujetos a soberanías diferentes. Ceteramente describe esta idea RODRIGUEZ MOURULLO con las siguientes palabras "La autoridad del Estado con sus ciudadanos no queda rota por el simple hecho de que aquel traspase las fronteras nacionales y se sitúe en territorio extranjero. El ciudadano sigue gozando de la protección que el ordenamiento jurídico nacional le dispensa, a la que debe corresponder guardando en todo lugar obediencia a sus mandatos y prohibiciones²⁸.

Ese deber de obediencia postulado porque se parte de que el ciudadano se halla siempre sometido a la ley de su país, incluso en el extranjero, concibe la efectiva protección mediante la facultad de sujeción en todo caso al Derecho nacional de aquél, aportando como idea subsidiaria de apoyo, el que también los ciudadanos por "ser beneficiarios fuera de su territorio, de la protección de los agentes diplomáticos y de los cónsules, deben conformar sus actos a --

28 Ob, cit, pág. 162.

las leyes de su Estado"²⁹.

Es imaginable que se produzca con estos referentes una acentuación "del vínculo del individuo a la Nación a la que pertenece y que en consecuencia se favorezca "una concepción autoritaria del Estado". Esta afirmación de JESCHECK, que comparte MANTOVANI³⁰, aunque a su juicio no quiera decir "que necesariamente esté unido a ella, pues también se puede partir de la idea de la solidaridad internacional", nos parece, absolutamente coherente correspondiéndose en el prius lógico de que emana, pero descartando que favorezca la solidaridad internacional, al menos en su significación más amplia y general. Y ello, sin necesidad de recurrir a una formulación extrema, la cual vendría caracterizada esencialmente, como decía MAURACH "por su absoluta pretensión de exclusividad o indiferencia frente al derecho de los países extranjeros"³¹.

En todo caso, ejemplo paradigmático de esta concepción del principio personal, ha sido el Derecho penal nacionalsocialista. Aun cuando, se haya intentado legitimar diciendo que "la verdadera razón" fue el aislamiento del Estado

29 DONNEDIEU DE VABRES, Précis, cit, pág. 447. STRATENWERTH, G., únicamente justifica el principio de personalidad activa recurriendo al deber de fidelidad "en los delitos contra la seguridad del Estado y en el caso de aquellos que se desempeñen como funcionarios alemanes". ob, cit, pág. 42.

30 JESCHECK, H.H. Tratado, I, cit, pág. 227; MANTOVANI, F., ob, cit, pág. - 820.

31 Vid. Tratado, cit, pág. 126.

nacionalsocialista en el Derecho penal internacional, pues - el derecho extranjero (como antes el alemán), al basarse en el principio de territorialidad "en muchos casos no consideraba punibles hechos cometidos por un alemán en el extranjero, que, conforme el derecho alemán, eran merecedores de pena", dándose la circunstancia (general, en cualquier Derecho) de que si el alemán regresaba a su patria, era imposible la extradición (por razones obvias), y de ahí la instauración - del principio personal "para su propia protección", es necesario ir más lejos y no extraer la conclusión sin antes sentar las premisas que la sustentan. Estos asertos de MAURACH³² olvidan, tal vez, dos aspectos fundamentales: el primero, -- proclamado en "el deber de fidelidad de todo alemán a la comunidad de su pueblo y de sumisión a sus órdenes, dondequiera que se halle, es decir, tanto en su propio país como en el extranjero"³³. Sin duda, debido a consideraciones "de orden autoritario y prepotentes propias del régimen, con la -- creencia racista firmemente sustentada y compartida de que el pueblo alemán pertenecía a una raza superior, y por ello se imponía que el alemán debía permanecer fiel a sus leyes doquiera se halle"³⁴. El segundo en la repudiable concepción - del delito ya no como ataque a un bien ni como infracción de

32 Vid. Tratado, cit, pág. 125.

33 Vid. JIMENEZ DE ASUA, Tratado, II, cit, pág. 740.

34 Así, FIERRO, G., ob, cit, pág. 145. En el mismo sentido QUINTANO RIPOLLES A., Tratado, II, cit, pág. 67.

una ley, sino como "quebrantamiento de un deber de fidelidad al Estado alemán"³⁵. Coincidiendo con ambos aspectos, señala CEREZO MIR uno más, también decisivo, el probable "deseo de apartarse del principio de territorialidad (de inspiración francesa y liberal) y volver al principio de la personalidad fuertemente enraizado en el idealismo alemán"³⁶.

Sin embargo, al margen de esta amarga experiencia histórica, parece contradictorio sostener este vínculo, con su correspondiente correlario al lado del de territorialidad. Ello solo casa compartiendo con QUINTANO RIPOLLES, - que el "fundamento justo" de la competencia personal deriva del hecho de que no somos libres para "perpetrar toda especie de fechorías al trasponer las fronteras, asegurando la impunidad con el regreso a la patria, que serviría de tal modo de baluarte encubridor y burladero inmoral de las mismas"³⁷

c'.- Derecho de representación.

Se pretende designar con este nombre al principio personal activo, justificando de esta forma el derecho - que ejercita el Estado de la nacionalidad del sujeto para -- juzgar de un delito cometido por éste en el extranjero.

35 Vid. ANTON ONECA, J., ob, cit, pág. 116.

36 Vid. Ob, cit, pág. 201.

37 Vid. Tratado, II, cit, pág. 68.

El término "Derecho penal por representación" -señala JIMENEZ DE ASUA- pertenece a José KOHLER, el cual se remonta a pasajes de HIPOLITO DE MARSILIO, BOECIO y DECIANO, definiéndolo VON CLERIC en estos términos: "Existe Derecho penal por representación cuando un Estado, que no es el titular del ius puniendi exige responsabilidad al autor en nombre de otro Estado que se lo pide, y al que pertenece en el acto el ius puniendi, por existir en concreto un obstáculo para la extradición"³⁸. No obstante estos antecedentes doctrinales, se considera a MEZGER el impulsor de esta tesis al sostener que el principio de personalidad se funda a la vez "en la relación de fidelidad y en ser el Estado nacional una especie de gestor de negocios de aquel donde se había realizado el delito"³⁹.

La fortuna del nombre y su significado han sido escasas, no así la crítica y rechazo que ha generado una tal legitimación del principio de personalidad. En nuestra patria, ANTON ONECA no cree pueda mantenerse "que el interés del Estado donde se ha realizado el delito juegue aquí papel

38 Vid. Tratado, II, pág. 761.

39 Vid. Tratado, I, pág. 111. FIERRO, recientemente, nos ofrece con este nombre un sentido ambivalente al genuinamente apuntado y desligado del principio de personalidad, pues a su juicio "no siempre el llamado Derecho penal por representación" está íntimamente vinculado al principio personal o de la nacionalidad, pues existen países que lo aplican en determinadas hipótesis en que median obstáculos insalvables para la concesión de la extradición de un delincuente que ha infringido la ley en el extranjero y tal obstáculo no reside en la condición de nacional del país requerido". Ob, cit, pág. 155. En realidad, este autor está refiriéndose, más bien, al principio de justicia supletoria, aunque cita como ejemplos los artículos 10 del C.P. italiano y 4 y 5 del proyecto de reforma del Código penal de Venezuela que no consagran este criterio.

preponderante, desde el momento mismo en que se le niega la extradición del nacional por motivos que interesan exclusivamente al Estado de la nacionalidad"⁴⁰. Asimismo, la rechaza CEREZO MIR por considerar, de acuerdo con la opinión del precitado autor, que "el Estado nacional actúa principalmente - en virtud de su propio interés"⁴¹. Aunque no de un modo expreso, JIMENEZ DE ASUA coincide con VON LISZT en no "llevar demasiado lejos el criterio de representación, pues sería contradictorio con el principio que exponemos el sometimiento a las reglas del Derecho extranjero (donde el nacional perpetró el delito), del proceso, y de la calificación que se instruye y formula en el país"⁴².

Se percibe claramente, pues, del significado - atribuído al principio de personalidad la absoluta inexistencia de un Derecho penal por representación y, consecuentemente, que el Estado que tiene la posibilidad de ejercitar - el poder punitivo no actúa "en estos casos como gestor de negocios ajenos, por delegación o en representación del Estado extranjero"⁴³. Y ello, porque no hace sino actuar en su propio interés, ya en la medida que protege bajo su ordenamiento jurídico al delincuente refugiado, ya en la medida en que no tiene en cuenta el interés del Estado de comisión del delito,

40 Vid. Ob, cit, pág. 116.

41 Vid. Ob, cit, pág. 202, n. 309

42 Vid. Tratado, II, cit, pág. 761.

43 CEREZO MIR, J., ob, cit, pág. 202, n. 39.

pues no le cede el derecho a juzgarlo, y en cuanto no acepta, generalmente, siquiera, la aplicación de la ley penal extranjera vulnerada.

La representación o gestión ajena tendría razón de ser si el Estado de la nacionalidad actuase en defecto del extranjero, por una imposibilidad material que no se fundase en una previa condición derivada de la no extradición del nacional.

b) Naturaleza penal.

a'.- Destinatarios de las normas penales.

Al margen de la problemática planteada en el campo penal por el concreto tema de los destinatarios de las leyes penales, -tema en el que obviamente no entramos en este estudio-, se fundamenta la vigencia del principio de personalidad en atención a los destinatarios de la aplicación de las normas penales. Siguiendo esta pauta se señala por QUINTANO RIPOLLES como evidente que la ley penal se crea por el legislador "en vista a sus propios ciudadanos, de acuerdo con sus normas morales y culturales que muchas veces sólo tienen razón de ser y vida propia respecto de ellos, en una perspectiva existencial determinada, careciendo de ellas en otro clima espiritual diferente"⁴⁴.

44 Vid. Tratado, II, cit, pág. 69.

Si ello es así, y parece innegable, y el legislador tiene en cuenta, según relata FIERRO "las condiciones e idiosincrasia de sus conciudadanos, que en definitiva serán los destinatarios específicos de la norma represiva"⁴⁵, resulta un contrasentido la aplicación que de ella se hace, en base a la vigencia del principio territorial, a los extranjeros que delinquen en territorio de nacionalidad distinta a la suya. Pero, ciertamente, debe estimarse extrapolado este argumento con el propósito de mantener el sustrato que lo origina, que no es otro sino el deber de fidelidad, y en cuanto la finalidad de la norma quiebra cuando la infracción se produce en el extranjero.

b'.- Razones pragmáticas o realistas.

Estimado el principio de personalidad como criterio complementario del de territorialidad, las razones pragmáticas o realistas emergen a un primer plano, convirtiéndose en justificaciones fundamentales. Efectivamente, la existencia en las legislaciones del principio de no extraditar al nacional que se ha refugiado en su país tras haber cometido un delito en el extranjero "por ver en ello un menoscabo de su soberanía"⁴⁶, sólo puede solucionarse convincente

⁴⁵ Ob, cit, pág. 145.

⁴⁶ Así lo indica, CUELLO CALON, E. Ob, cit, I, pág. 242. CEREZO MIR, J., observa que sólo "Inglaterra y Estados Unidos no aplican el principio de la personalidad para castigar a un súbdito que delinca en el extranjero y se declaran dispuestos, bajo garantía de reciprocidad, a entregar a sus nacionales". Vid., ob, cit, pág. 201, nota 35.

mente de dos formas: aplicándole sus leyes propias, leyes del territorio nacional en el que busca refugio o amparo, o consintiendo la impunidad⁴⁷. Esta segunda solución es repudiada por "la alarma producida por el delito impune y el sujeto peligroso en el círculo en el que éste vive"⁴⁸, toda vez que no es posible deshacerse del indeseable, -al no permitirse la expulsión del nacional-, además de ser "escandalosa y producir una grave conmoción en las concepciones ético-sociales de los ciudadanos"⁴⁹.

La primera solución, por tanto, que evita la impunidad y cumple con la norma de Derecho internacional "aut dedere aut punire"⁵⁰ es la aplicable. Encuentra así plenitud el razonamiento efectuado por MAURACH: "Consecuencia natural de la ampliación experimentada por el poder punitivo nacional en virtud del principio personal es, por otro lado, un incremento en la protección que el Estado confiere a sus propios súbditos frente al poder punitivo extranjero. En la alternativa del Derecho penal internacional de castigar o entregar al Estado legitimado para el castigo, el principio personal se decide por el primer extremo. Con ello queda dis

47 La tercera, aplicando la ley penal del lugar de comisión del delito aparece vedada, generalmente, en las legislaciones nacionales.

48 Vid. ANTON ONECA, J., ob, cit, pág. 116, nota 2.

49 Expresión de CUELLO CALON, E., ob, cit, I, pág. 242.

50 De otro modo, nos indica RODRIGUEZ DEVESA, "el Estado se convertiría en un refugio de delincuentes que disfrutarían dentro de él de una absoluta impunidad". Ob, cit, pág. 226.

pensado de la obligación de entregar sus propios súbditos al Estado penalmente legitimado (v.g. el Estado del lugar de comisión del acto"⁵¹.

C. ELEMENTOS DECISIVOS.

La configuración de este criterio de conexión de la -- ley penal espacial requiere, necesariamente, de dos elementos para poder alcanzar su pleno sentido. Uno, absolutamente esencial, de carácter positivo y sustancial, que es el de la nacionalidad del sujeto. El otro, de carácter adjetivo o procedimental, determinante de la efectiva aplicación de la ley penal, que es la presencia del sujeto en el territorio de su nacionalidad. Junto a ellos, pueden citarse impropia -- mente otros requisitos subsidiarios, que son más bien limitaciones a la vigencia de este principio, tales como el principio non bis in idem, ó la regla del abono de las penas impuestas en el extranjero, a los cuales nos referiremos en otro epígrafe de este capítulo.

a) Nacionalidad del sujeto.

En este elemento, radica la verdadera esencia del -

⁵¹ Vid. Tratado, cit, pág. 127.

criterio comentado, puesto que es la nacionalidad del sujeto lo que liga su persona y sus hechos a la ley penal nacional. En efecto, al excluir el territorio y sustituir éste por la nacionalidad "se elimina -dice POLAINO- conceptualmente el lugar y (se) centra la atención en la persona que a través de la conducta típica entra en conflicto con el ordenamiento"⁵². Aparece así "decisiva la nacionalidad del autor"⁵³ para determinar el vínculo con el Estado al que pertenece, y como resultado se posibilita el ejercicio de la jurisdicción penal del propio Estado cuando se quebranta "la personal relación de dependencia del autor"⁵⁴.

Sin embargo, con ser decisiva la nacionalidad en sí, no lo es menos la concreción del momento en el que ha de ser tomada en cuenta. En la actualidad y por razones que volvemos a calificar de pragmáticas o realistas, se tiene en cuenta la nacionalidad, ora en el momento de la comisión del delito, ora con posterioridad, cuando el sujeto es perseguido y reclamado por la justicia del país de comisión del delito.

Denominamos "elemento de nacionalidad en sentido propio" la consideración de ésta, antes o durante la realización del delito. Si hiciéramos caso de la mayor parte de los argumentos que se han formulado para legitimar este cri-

52 POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 465.

53 RODRIGUEZ MOURULLO, G., ob, cit, pág. 162.

54 POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 466.

terio, desde luego que la nacionalidad únicamente sería decisiva en esos momentos o etapas del iter criminis, careciendo de valor o resultando indiferente el cambio de nacionalidad posterior. Pero, incluso de ese modo tampoco este asunto estaría libre de objeciones. La más elemental vendría dada por la incongruencia manifiesta de arrogarse competencia penal - un Estado en base a un fundamento que ha quebrado, a una vinculación que ha desaparecido con el cambio de nacionalidad, ya que en ese momento no existen lazos o uniones de amparo o protección del sujeto con su Estado originario.

Denominamos "elemento de la nacionalidad en -- sentido impropio", la consideración de ésta en un momento -- posterior al de la realización del delito. Cuando el sujeto, tras cometer su infracción, se refugia en país distinto al - de su nacionalidad, y obtiene en éste una nueva nacionalidad, bien dolosamente para eludir toda represión penal, circuns--tancia que "la experiencia tiene demostrada"⁵⁵, bien del mismo modo para gozar de una aplicación penal más benigna o suave, no cabe apoyarse en las razones legitimadoras al uso del principio de personalidad. No puede, efectivamente, aludirse en tales casos, ni a la primacía de la nacionalidad que con--llevaba como la sombra sigue al cuerpo la marca de la ley so

55 JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 761 advierte que "la experiencia tiene demostrado que los delincuentes procuran sustraerse a la represión acudiendo a la mudanza de su nacionalidad".

bre el sujeto, ni puede decirse, que el Estado en cuestión - ejerza un derecho de representación. No puede tampoco, a -- nuestro juicio, argumentarse que el sujeto fuera destinata-- rio de esa norma por cuanto el legislador cuando la creó no contaba con la ciudadanía de aquél. La distorsión derivada - de esta nacionalidad "impropia" y sus efectos, obedece única-- mente a una realidad incontrovertible, cual es que la nacio-- nalidad sobrevenida o adquirida con posterioridad a la comi-- sión del delito, impide la extradición del delincuente. En - efecto, en el transcurso del tiempo que media entre la comi-- sión del delito y la petición de extradición, si el sujeto - ha mudado de nacionalidad, la consecuencia es la aplicación de la cláusula de no entrega del nacional. Precisamente por esa conclusión, sería inadmisibles permitir al sujeto gozar - de impunidad por su desvinculación de una ley aplicable. Se alzapriman, en definitiva, como vemos, razones pragmáticas - para evitar esta laguna intolerable, posibilitando que sea - la nueva ley penal adquirida con el cambio de nacionalidad, quien se arroge la potestad y jurisdicción⁵⁶.

56 Práctica regulada en diversos Códigos: Vid. parágrafo 65 (1).1 del Código penal austríaco que aplica esta ley si adquirió la nacionalidad austriaca después de cometido el delito y sigue manteniéndola en el momento de iniciación del procedimiento penal. También en el parágrafo 7.2) 1. del alemán aunque haya devenido alemán con -- posterioridad al hecho.

b) Presencia del sujeto en el territorio nacional.

Este elemento representa la condición sine que non para la "efectiva" aplicación del principio de personalidad. Es evidente que no puede aplicarse la ley penal de su nacionalidad si el sujeto no se halla en dicho territorio, si el sujeto no está a disposición de las autoridades judiciales nacionales. Por otra parte, y dado el carácter supletorio del criterio de la nacionalidad en la aplicación extraterritorial de la ley penal, es obvio que su razón de ser radica en dicha presencia buscando refugio o protección, tras la infracción del ordenamiento jurídico extranjero. No cabe otra forma de llevar a la práctica este principio, aunque pueda, previamente, solicitarse y obtenerse la extradición, v.g. por un mejor derecho a juzgar al delincuente⁵⁷.

D. LIMITACIONES.

Justamente para evitar aquella "exaltación absurda del poder penal" a la que aludía MAURACH, la generalidad de los ordenamientos penales establecen una serie de limitaciones al

57 En vía de principio, señala JIMENEZ DE ASUA "es preciso que el delincuente se halle en el territorio nacional y que no haya sido castigado por el país donde perpetró el delito. La actividad punitiva del Estado a que pertenece como súbdito es meramente supletoria". Tratado, II, cit, pág. 761. Esta exigencia se halla consagrada explícitamente, v.g. artículo 5.1c) del Código penal portugués, en el artículo 6.1 del suizo y en el artículo 9 del italiano.

principio de personalidad, pretendiendo con ello "buscar un paliativo, una mitigación o moderación de sus alcances"⁵⁸.

Las limitaciones de que es objeto el principio personal, y que pueden conceptuarse como condiciones objetivas de punibilidad, unas, y como obstáculos procesales o condiciones de perseguibilidad, otras, no son todas ni las mismas, sin embargo, en los diferentes Estados. Algunas de las más importantes condiciones o limitaciones se tratan aquí, sin perjuicio de que algunos ordenamientos nacionales posean peculiaridades específicas, y con independencia de la necesidad de que el reo se encuentre en el territorio de su nacionalidad, tema que acabamos de exponer.

a) Gravedad de la infracción.

El principio personal y su consecuencia, la aplicación de la ley penal de la nacionalidad del sujeto activo o pasivo del delito, muestra perfectamente su estatuto de regla secundaria al determinarse la no aplicación de aquella ley a todo supuesto delictivo o infracción cometida en el extranjero, por un nacional o contra un nacional.

La reserva del principio personal para infracciones que presenten una determinada gravedad o que se hallen cominadas con una determinada pena (limitación por la estricta -

58 Vid. FIERRO, G., ob, cit, pág. 147.

consideración de la infracción o por la estricta consideración de la sanción) sólo es sostenible jurídicamente por un innegable desprecio del derecho extranjero vulnerado, así como por una evidente actitud egoísta por parte del derecho nacional. La consecuencia, en último término, es la ausencia de persecución y la impunidad para las infracciones menores que llevan aparejada una sanción leve, en virtud de la protección del Estado en el que se refugia el sujeto.

b) Principio de la doble incriminación.

Una limitación, legitimada en función del reconocimiento que el Derecho extranjero otorga a la infracción, es la necesidad de que el hecho sea delictivo tanto en el lugar en el que se ha cometido, como en el territorio donde se refugia, en el cual a la postre habrá de ser juzgado y, en su caso, condenado. Es esta una manifestación elocuente del reconocimiento del Derecho extranjero, de la que derivan dos consecuencias esenciales: una, nos demuestra cómo si la conducta del sujeto no aparece incriminada en el lugar de comisión, dicho comportamiento es impune, aunque en el territorio nacional fuere merecedora de reprobación penal; otra, evidencia a posteriori que si la conducta del sujeto aparece incriminada en el lugar de comisión, la determinación de la responsabilidad penal concreta se sujeta ya a la ley penal de la nacionalidad.

Aun cuando deba estimarse correcta y comprensible - esta condición, no debe, sin embargo, olvidarse que su significado no coincide con el fundamento del principio de personalidad, basado en el deber de fidelidad tantas veces reiterado, por cuanto si así fuese la quiebra de dicha obligación se vería igualmente realizada tanto si el hecho está o no incriminado en el extranjero. En definitiva, si no se ha producido vulneración del ordenamiento jurídico extranjero, carece de sentido exigir responsabilidad penal al sujeto en su propio país, recurriendo en dicho caso a una argumentación forzada según la cual si la conducta hubiera tenido lugar en el mismo territorio nacional, v.g., sí sería delictiva. Tal conjetura no debe mantenerse. Más grave resulta la posible aplicación del Derecho nacional, cuando el hecho no es penado en el lugar de comisión, en base a la vigencia del principio personal pasivo. Coincidimos en JESCHECK en lo que él -- denomina "requisito de identidad de la norma" en su razonamiento de que "el principio de protección individual (nombre con el que designa al principio de personalidad pasivo) necesita una limitación a través de la prohibición de abuso que impone el Derecho internacional, aún mayor que el principio personal activo, ya que el destinatario de la norma no es el propio nacional, sino un ciudadano extranjero en el extranjero que incluso normalmente es ciudadano del Estado donde se ha cometido el hecho. Por eso mismo la aplicación del princi

pio de protección individual representa un uso jurídico prohibido por el Derecho internacional, cuando el hecho según el derecho vigente en el lugar de la comisión no constituye delito (requisito de la identidad de la norma"⁵⁹ y ⁶⁰.

c) Principio ne bis in idem.

Este axioma fundamental insito en el principio de legalidad penal, en virtud del cual no puede ser castigado dos veces un sujeto por el mismo hecho, supone una evidente limitación del ejercicio del ius puniendi de la nacionalidad, cuando el sujeto ya ha sido castigado en el extranjero. Estrictas razones de justicia material justifican sobradamente esta condición limitativa, debiendo ponerse en todo caso, en relación y matizarse con el efectivo cumplimiento de la pena impuesta. Deben, por ello, efectuarse en este aspecto, dos concreciones: una, deriva de la existencia de una sentencia penal en el extranjero, determinante de la responsabilidad del sujeto, que imposibilita toda nueva responsabilidad, ya sea exculpatoria, ya sea condenatoria; la otra, viene a colación, cuando se ha condenado, efectivamente, al sujeto a una pena, en cuyo caso, ésta si no está cumplida en su totalidad,

59 JESCHECK, H.H. Tratado, I, cit, pág.s 228-229. Coincide plenamente con el razonamiento MANIOVANI, F. Vid. ob, cit, pág. 820.

60 Limitación, por lo demás, prevista en la mayoría de los Códigos penales nacionales. Vid. por ejemplo, parágrafo 65 (1).1 del Código austríaco, 7.2) 1 del alemán, artículos 5.1.c) del portugués, artículo 9 del italia no y artículo 6 del Código penal suizo.

genera y mantiene su vigencia en el territorio de la nacionalidad. Ambos aspectos ponen de manifiesto, nuevamente, el reconocimiento del Derecho extranjero, vía las decisiones o sentencias judiciales en materia penal⁶¹.

d) Principio del abono de las penas.

Conectado con el punto anterior, este reconocimiento o aceptación de la sentencia extranjera, implica una limitación más del principio personal, y por idénticas razones de justicia material, determinando la compensación de la sanción impuesta y cumplida efectivamente en el extranjero.

El descuento de la pena cumplida es efectuado, no obstante, previo pronunciamiento de las autoridades judiciales de la nacionalidad, lo que vulnera, a nuestro entender, al menos formalmente, el principio *ne bis in idem*^{62 y 63}.

E. CLASES.

Prácticamente todas las reflexiones precedentes, des--

61 Regla reconocida en las legislaciones nacionales. V.g. parágrafo 65 (4) del Código penal austríaco, parágrafos 103.III de la Ley fundamental en relación con el 51.III del Código penal alemán, artículos, 6.1 del portugués, 6.2 del suizo y 11 del Código penal italiano.

62 Actúa en estos casos, como señalara MAURACH, el principio de oportunidad, por el cual cesa la obligación de persecución si la pena a imponer en -- Alemania, no supera a la pena extranjera. Vid. Tratado, cit, pág. 127.

63 Véase al respecto lo dispuesto en, v.g. parágrafos 65 (4) y 66 del Código penal austríaco, parágrafo 51.III del alemán y artículos 6.4 del portugués, y 6.2 del suizo. Norma excepcional la prevista en el parágrafo 65 (5) del Código austríaco que, en todo caso, impone medidas de seguridad a los sujetos de nacionalidad austríaca, aunque no puedan ser penados en su país por haber prescrito el delito, haber quedado absuelto o haber sido ya condenado en el extranjero por el mismo hecho. Vid. con detalle -- nuestro razonamiento sobre el tema en la tercera parte del trabajo.

cansan sobre la exclusiva referencia de la nacionalidad del sujeto activo o autor del delito, esto es, sobre lo que se denomina comúnmente principio de personalidad activa, aún -- cuando esta rotulación presente diferentes conceptualizaciones. Sin embargo, junto a éste, es corriente distinguir en la doctrina otras clases o "perspectivas de consideración categorial", que nos proponemos analizar, incluyendo los conceptos adoptados en torno al principio de personalidad activa.

De acuerdo con POLAINO, pueden diferenciarse estas cinco clases o "perspectivas de consideración categorial", como él las denomina: a) principio de personalidad activa o en -- atención al sujeto activo del delito; b) principio de personalidad pasiva o en atención al sujeto pasivo o bien jurídico protegido por el delito; c) principio del domicilio; d) -- principio de la doble nacionalidad, activa y pasiva, y e) -- principio personal extremo o absoluto⁶⁴.

a) Principio de personalidad activa.

También conocido como principio de personalidad -- "puro" o principio de sujeción personal activa, toma en cuenta exclusivamente, al sujeto activo del delito. Su concepto estricto señalado por POLAINO decide que la ley penal es apli

64 POLAINO NAVARRETE, M. Ob. cit, pág. 467.

cable únicamente "al ciudadano que delinque en el extranjero contra un extranjero, no ya contra un conciudadano del propio autor"⁶⁵.

De acuerdo con ello, resulta decisivo la nacionalidad del sujeto activo, y la ausencia de esa misma nacionalidad en el sujeto pasivo.

Esta especificidad no es, empero, propio del origen del principio de personalidad, que arranca del seguimiento de la ley propia del sujeto dondequiera que éste vaya⁶⁶, ni es aceptada por la doctrina pacíficamente, en cuanto es normal considerar unitariamente el principio de personalidad, prescindiendo de la doble nacionalidad, y considerando que se define por la aplicación de la ley penal de un Estado "al ciudadano que delinque en el extranjero, sea quien fuere la persona a quien pertenezca el bien jurídico violado; es decir, que es indiferente que el titular de dicho bien sea el Estado o los ciudadanos del Estado a que pertenezca el delincuente, o un Estado o ciudadanos extranjeros"⁶⁷. Aparece reconocido en el parágrafo 65(1)1 del Código penal austríaco de 1974 con carácter general si los hechos delictivos se comi-
nan con pena también en el lugar de su comisión. También en el Código penal alemán, en el parágrafo 7.2) 1 con el mismo

65 POLAINO NAVARRETE, M. Ob, cit, pág. 467.

66 Vid. entre otros, FIERRO, G., ob, cit, pág. 143, MERLE, R. y VITU, A. Ob, cit, pág. 349, SOLER, S., ob, cit, pág. 149, y NOVOA MONROAL, E. Ob, cit, pág. 115.

67 JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 753.

carácter general siempre que el hecho esté amenazado con pena en el lugar de realización o cuando éste no esté sometido a poder penal alguno. Con carácter especial, y con independencia del derecho del lugar de ejecución rige asimismo en el párrafo 5 apartados 3.a) y 5.b) para los casos de los párrafos 89, 90 y 109 a), d) y h), y en el apartado 9, en los delitos de interrupción del embarazo, cuando el autor sea alemán al tiempo del hecho y tenga su fundamento de vida en el ámbito de validez espacial de la ley (combinación del principio de personalidad activa-principios del domicilio o residencia). Este mismo principio se halla previsto en el artículo 9 del Código penal italiano, requiriendo asimismo la incriminación en el lugar del hecho, y en el artículo 6 del Código penal suizo. En este último además, se acepta expresamente la aplicación de la ley extranjera si es más favorable para el inculpado.

b) Principio de personalidad pasiva.

Esta modalidad posee la peculiaridad de prescindir del sujeto activo del delito y recurrir a centrar su atención en el sujeto pasivo y/o bien jurídico protegido del delito. De ahí que también se denomine "principio de la nacionalidad del ofendido"⁶⁸ o principio de la protección de los nacionales.

⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, M., cit, pág. 467.

De acuerdo con su significado, resaltan como esenciales la nacionalidad del sujeto pasivo y/o bien jurídico protegido y la ausencia de esa misma nacionalidad en el sujeto activo, coincidiendo en buena medida con el llamado principio real o de protección de intereses.

Su fundamentación histórica data de la Edad Media, hallándose "notablemente difundida en la Italia medieval y en los países de capitulaciones con tribunales consulares o jurisdicciones mixtas"⁶⁹. Aparece basada en la ficción de -- que "el ciudadano viajero en el extranjero transportaba consigo una parcela del suelo estatal"⁷⁰.

Esta variante, por esas características, no es aceptada pacíficamente, y así, JIMENEZ DE ASUA hacía radicar su sentido en que "la ley del Estado sólo se aplica al que delinque en el extranjero cuando el objeto jurídico del delito sea un bien de su propio Estado o de sus conciudadanos"⁷¹, -- en tanto que FIERRO la define prescindiendo "del lugar de comisión del delito y de la nacionalidad o domicilio de la víctima"⁷². Confundiendo el primero esta categoría con la de la doble nacionalidad⁷³, y no haciendo ninguna distinción con --

69 MANTOVANI, F., ob, cit, pág. 821.

70 ANTON ONECA, J., ob, cit, pág. 118.

71 Vid. Tratado, II, cit, pág. 753.

72 Ob, cit, pág. 143.

73 Tampoco SOTO LAMADRID, M.A. aporta una noción que cuadre con esta modalidad, al decir que se justifica "en el legítimo interés de castigar aquellos delitos cometidos por extranjeros en otro país, pero que lesionen a sus propios nacionales o atenten contra la personalidad y funcionamiento del Estado mismo". Vid. La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal, en ADPCP, 1980, pág. 675.

el principio de personalidad el segundo.

Contra ella y contra lo que representa se han vertido duras críticas por la doctrina, legitimadas en distintas consideraciones que pueden sintetizarse en: por una parte, - ser manifestación extrema del principio real o de protección de intereses. Esta certera objeción es de CEREZO MIR el cual estima que "en realidad no guarda relación alguna con el -- principio de personalidad"⁷⁴. Compartimos con él y con otros autores⁷⁵, la misma censura, remitiéndonos a la fundamentación de que partimos; por otra parte, al posibilitar una peligrosa parcialidad con respecto al inculpado (extranjero). Criticaba JIMENEZ DE ASUA⁷⁶ con esta consecuente deducción la teoría de la personalidad pasiva, advirtiéndole de ese mismo riesgo CEREZO MIR, señalando la excesiva extensión del ámbito del principio real (al que realmente pertenece) "pues - implica una desconfianza infundada frente a la Administración de Justicia de otros países y al inspirarse, además, en un - criterio rabiosamente nacionalista podría poner en peligro la objetividad e imparcialidad del enjuiciamiento"⁷⁷; por ú

74 Ob, cit, pág. 206.

75 Así, SOLER para quien es "en cierto sentido una forma extrema del principio real o de defensa, pues, bajo ciertas condiciones, hace aplicable la ley nacional a hechos cometidos en el extranjero por la sola circunstancia de que sea damnificado un nacional". Ob, cit, págs. 149-150. De acuerdo también FIERRO, G., Vid, ob, cit, pág. 143.

76 Vid. Tratado, II, cit, pág. 763.

77 Ob, cit, pág. 206. MERLE, R./ VITU, A. asimismo, advierten de que "el - juez de la nacionalidad de la víctima, puede ser, involuntariamente parcial". Ob, cit, pág. 349.

timo, al representar la delimitación de un principio personal impropio. Por esta razón que compartimos también, rechaza POLAINO este criterio mostrándose "por demás, contrario a las condiciones de extradición internacional acordadas"⁷⁸. - Ello, no obstante, el Código penal alemán reconoce este criterio en toda su pureza en el parágrafo 7.1), para todos los hechos cometidos contra un alemán en el extranjero, cuando esté el hecho amenazado con pena en el lugar del hecho o el lugar del hecho no esté sometido a poder penal alguno. También, en el parágrafo 5 apartado 6, hechos de secuestro y de imputación política, si el sujeto pasivo tiene su domicilio o residencia habitual en el territorio alemán (combinación - principio de personalidad pasiva-principio del domicilio o - residencia). También el Código penal portugués de 1982 lo regula en el artículo 5.1.c) siempre que los agentes sean encontrados en Portugal, el hecho sea punible en el lugar de comisión o en éste lugar no se ejerza poder punitivo alguno y -- constituya delito que admita la extradición y ésta no pueda ser concedida. Con carácter general, esta ley declara aplicable la ley del lugar de comisión del delito si fuera más favorable, salvo en los supuestos de protección de intereses estatales (artículo 6.2). Igualmente, el artículo 5 del Código penal suizo prevé la aplicación de la ley suiza para todo crimen o delito contra un suizo en el extranjero, siempre -- que sea delito en el Estado de ejecución, si el autor se ha-

78 POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 468.

lla en Suiza y no es posible la extradición o ésta se ha concedido por dicha infracción a la Confederación. Prevé tam--
bién la aplicación directa de la ley extranjera cuando resull
te más favorable para el reo.

c) Principio del domicilio.

El criterio del domicilio, elaboración de los post-glosadores" considera como punto de conexión suficiente "el domicilio del extranjero en el territorio del Estado"⁷⁹. Se trata en realidad, como indica JESCHECK de "una derivación del principio personal activo, según el cual es suficiente - para fundamentar el poder punitivo interno del Estado el domicilio nacional del extranjero"⁸⁰.

Si bien, en efecto, no se puede objetar nada desde el punto de vista del Derecho internacional contra este criterio⁸¹, y desde luego es reconocido como tal en el artículo 119 del Código aeronáutico y en el artículo 4, inciso b) del Convenio de Tokio de 1963, así como en los Códigos penales - de Dinamarca, Noruega y Suecia, ello no es obstáculo, a nuestro entender, para que señalemos su impropiedad, apareciendo, como aparece, fundamentado sobre el principio de personali--
dad, con el que no guarda ni en su origen ni en su legitimación, ninguna relación.

79 Así, MANOVANI, F., ob, cit, pág. 820.

80 Vid. Tratado, I, cit, pág. 227.

81 Como indica JESCHECK, Vid. Tratado, I, cit, pág. 227

Lo relevante aquí es exclusivamente el domicilio o residencia del sujeto activo del delito, prescindiendo de -- todo lo demás, incluso de la nacionalidad que realmente posea. No parece existir justificación suficiente para esta extensión de la eficacia ultraterritorial de la ley penal⁸². En la legislación positiva, su importancia queda patente en los supuestos de los parágrafos 5.3).a), 5.5.b), 5.6), 5.8) y 7.2). 1 del Código penal alemán, en su combinación con los principios de personalidad activa, pasiva y de la doble nacionalidad. En el Código penal austríaco se prevé en el párrafo 64 (1) 7 ya citado, en combinación con la doble nacionalidad, igual que en el artículo 5.1.d) del portugués para los mismos casos.

d) Principio de la doble nacionalidad.

Se designa con esta expresión el principio de personalidad "doblemente apreciado en una aceptación bilateral -- conforme a la cual se entiende que la ley penal se aplicará al ciudadano que delinque en país extranjero precisamente -- contra otro ciudadano que es titular de la misma nacionalidad que aquél ostenta"⁸³.

82 JESCHECK razonablemente no encuentra justificación de la extensión del principio personal activo "al caso en que un extranjero posea únicamente un pasaporte nacional. En este caso --dice-- sólo pueden alegarse las -- ideas fundamentales del principio de protección". Tratado, I, cit, pág. 227. Creemos, que aún así, debe rechazarse la posible aplicación del principio de protección, ya que tampoco es ese su sentido genuino.

83 Vid. POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 467.

Revelase determinante en este caso, no sólo la nacionalidad del sujeto activo, sino también y conjuntamente, la del sujeto pasivo, convirtiéndose en "un principio mixto o combinado" del principio "de la titularidad del bien jurídico protegido respecto del sujeto pasivo"⁸⁴.

La objeción fundamental recae inevitablemente sobre esta concepción acotada o restrictiva del criterio de la personalidad, que denota una especie de principio endogámico, - destinado a ofrecer una protección especial a sus ciudadanos, exclusivamente. Y a no tener en cuenta otros intereses, distorsionando de este modo su originaria noción. Aparece regulado este criterio en el parágrafo 64 (1) 7 del Código penal austríaco, aunque sólo en los supuestos en que tanto el sujeto activo como el pasivo del delito tengan su domicilio o residencia habitual en Austria (combinación principio de la doble nacionalidad-principio del domicilio o residencia). Similar reconocimiento efectúa el Código penal portugués en el artículo 5.1.d) ya que exige que ambos vivieran habitualmente en Portugal en el tiempo de la comisión del delito y sean -- además encontrados en dicho país.

Con carácter específico para los hechos contra la autodeterminación sexual de los parágrafos 174.1 y 3, 175 y 176.1 a 4 y 6, el Código penal alemán en su parágrafo 5.8 --

⁸⁴ POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 467.

aplica este criterio, si ambos son alemanes al tiempo del hecho y tienen su fundamento de vida en el ámbito de validez espacial de la ley.

e) Principio personal extremo o absoluto.

Esta categoría, negadora del principio de territorialidad, significa con POLAINO NAVARRETE, que "la ley penal de un Estado es sólo aplicable a los ciudadanos del mismo, con exclusión de todos los extranjeros"⁸⁵.

Coincidimos con el citado autor en que su "dogmatismo característico se muestra inadmisibile tanto en el marco normativo de nuestro Derecho positivo como en el plano del Derecho penal comparado"⁸⁶.

Evidentemente una concepción absoluta produciría innumerables lagunas represivas, y no daría adecuado cumplimiento a las necesidades actuales del derecho de penar.

F. VALORACION DE SU EFICACIA.

Históricamente, se ha venido poniendo de manifiesto la positiva valoración del principio de personalidad, por dos tipos de razones: procesales y penales, utilizando como presupuestos, argumentos absolutamente idénticos a los esgrimidos en pro del principio territorial, aunque con significado

⁸⁵ Vid. Ob, cit, pág. 467.

⁸⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 468.

antitético.

a) Positivamente.

a'.- Procesales.

En virtud de este principio -se dice- es posible facilitar los trámites procesales y asegurar las mayores garantías de una justicia penal equitativa. Quién así opina es POLAINO NAVARRETE, apuntando las ventajas de la aplicación del ordenamiento penal de la nacionalidad del delincuente ya que con ello se eluden "dificultades idiomáticas, culturales, de defensa... y otras que obviamente pueden ofrecerse con mayor evidencia en el extranjero" y, además, se reparte equitativamente justicia "a la generalidad de todos los ciudadanos de un Estado"⁸⁷.

También, posibilita la labor del juez además - de adecuar la responsabilidad penal a la personalidad del delincuente. Es, para QUINTANO RIPOLLES un "argumento poderoso (el) que nadie mejor que el juez nacional del delincuente -- puede valorar tan exactamente las pruebas e individualizar - la responsabilidad, que no es operación abstracta y matemática, sino axiológica humana, en la que cuentan los factores -

⁸⁷ Ob, cit, pág. 466. Coincide con él RODRIGUEZ DEVESA citando en su favor "las dificultades que puede encontrar el nacional en el curso del proceso en un país extraño". Ob, cit, pág. 226.

psicológicos y éticos más variados, muchos de los cuales han de escapar probablemente al juzgador extranjero"⁸⁸.

Sólo si se parte de un recelo y desconfianza - hacia la justicia penal extranjera puede comprenderse las -- afirmaciones precedentes, sosteniendo, que con este princi-- pio se posibilita enjuiciar el hecho con las debidas garan-- tías, adecuando la responsabilidad penal. De lo contrario, - es improbable aceptar con convicción un mejor enjuiciamiento de un hecho cometido posiblemente a cientos de kilómetros del país de origen, y que aquí sea más fácil encontrar las pruebas y juzgar con acierto⁸⁹. Precisamente todo lo contrario - legitima el principio de territorialidad, esto es, la facilidad para recoger las pruebas, la inmediatez del procedi--- miento, etc. Tampoco cabe argüir una perspicacia psicológica tan agudo en los jueces que sólo quepa espera de los Tribuna- les de la nacionalidad del delincuente una convincente depura- ción de la responsabilidad penal de aquél. Y ello de igual - modo contrariaría lo afirmado al hablar del principio de terri- torialidad y en concreto de su fundamento.

88 Vid. Tratado, II, cit, pág. 70.

89 Arguye en este sentido FIERRO, G. entre las importantes dificultades de naturaleza procesal "el inconveniente derivado de la imposibilidad de esclarecer adecuadamente un hecho cometido a miles de kilómetros, puesto que, como es lógico, allí en donde se cometió el delito se encontrarán los elementos probatorios, y no en donde se pretende su juzgamiento". Ob, cit, pág. 147.

b'.- Penales.

A su favor puede esgrimirse el argumento de la finalidad de la pena, desarrollado por QUINTANO RIPOLLES, en el sentido de que "ganada la teoría y aún la práctica del Derecho penal moderno a un objetivo de protección y corrección -- del delincuente, el sistema de prevalencia del estatuto personal de éste, pudiera alegar iguales razones que valen en la ley civil para su indeleble conexión con la ciudadanía"⁹⁰.

Asímismo, razones prácticas, como la "del derecho - del delincuente a fijar su residencia efectivamente en el - país de origen, del cual no puede ser expulsado por el Estado cuya nacionalidad ostenta"⁹¹, y la tantas veces reiterada de evitar la impunidad de los propios ciudadanos⁹².

b) Negativamente.

Frente a ellas, hay inconvenientes tan poderosos como el de la intromisión en la soberanía territorial extranjera y su consecuencia, la eliminación de la aplicación de la ley penal extranjera y la eliminación de la presencia de los Tribunales extranjeros⁹³. Pero aún más grave son los conflic

90 Vid. Tratado, II, cit, pág. 70.

91 RODRIGUEZ DEVESA, J.M., ob, cit, pág. 226.

92 POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 466.

93 En este sentido, QUINTANO indica que "en lo que tiene de expansión de la jurisdicción por encima de los límites del Estado, supone prima facie una intolerable intromisión en la territorialidad extranjera, cuyo foro se - pospone al del estatuto personal del súbdito, valorando esta condición política más fuerte y relevante que la topográfica local". Tratado, II, cit pág. 66, y FIERRO, habla también de "inadmisible intromisión en la soberanía ajena". Ob, cit, pág. 149.

tos de conciencia que pueden originarse y los controvertidos supuestos que pueden producirse. Por su caracterización, decía MAURACH podían originarse "conflictos de conciencia ya que la ley nacional (por ejemplo la alemana) sería aplicable cuando un alemán mataa un argentino en Buenos Aires"⁹⁴. En tales situaciones, el derecho del país de comisión se hará valer "incuestionablemente si atrapa al autor, en virtud del principio territorial, pero si el sujeto se refugia en su país, la pretensión del derecho de éste será "la efectivamente ejercida con sujeción a sus propias normas"⁹⁵.

Controvertidos supuestos se producirán, al margen de los requisitos, condiciones o limitaciones establecidos por cada una de las legislaciones para aplicar este criterio, fundamentados, esencialmente, en la toma en consideración del Derecho extranjero, bien directamente, bien indirectamente a través de las condenas extranjeras, pues lo contrario "significaría la exaltación absurda del poder penal", conforme colegia MAURACH. El más relevante de ellos nos lo describe FIERRO con estas palabras: "La existencia de pluralidad de procesos con posibilidad de resultados contradictorios, hipótesis que puede presentar, a su vez, la variante de que el hecho haya sido cometido con la cooperación de

94 Vid. Tratado, cit, pág. 126.

95 Así, FIERRO, G., ob, cit, pág. 146.

coautores o partícipes que son juzgados en el lugar de comisión, siendo posible entonces que el autor sea absuelto en el país de origen por entender que el hecho cometido no constituye delito, mientras que los partícipes -cuya actuación es siempre accesoria del hecho principal- resulten condenados por una colaboración en una acción por la cual su autor ha sido absuelto por no constituir ella una infracción punible"⁹⁶.

Disentimos, por el contrario, de que sea admisible, aunque sí posible, que aquella pluralidad de procesos traiga, como señala el autor argentino, aparejada "la vulneración de la regla non bis in idem", por cuanto las legislaciones nacionales parten de la aplicación subsidiaria de este principio y del reconocimiento de dicha regla. Lo contrario resultará, obviamente, absolutamente injusto y repudiable.

IV. CONSIDERACIONES CRITICAS. NUESTRA POSTURA.

Ha de reconocerse tras la introspección realizada, que resulta sumamente criticable y cuestionable el principio de personalidad, aunque no hasta el extremo de considerarlo contrario a los principios de Derecho internacional. Si bien es

⁹⁶ Ob, cit, pág. 146.

ta objeción se ha efectuado históricamente, en clara postura de rechazo a su vigencia⁹⁷, ello se ha debido, a nuestro modo de ver a las innegables connotaciones políticas peyorativas emanadas, básicamente, de su implantación -y de los excesos a que condujo- en la Alemania nazi, debiendo convenirse con OEHLER en que dicha censura es injusta, pudiendo "motejarse de anticuado y hasta de anacrónico, por inspirarse en ideas de absoluta soberanía, pero no puede decirse que se halle en pugna con el Derecho internacional"⁹⁸.

Las objeciones o el rechazo traen causa para nosotros desde dos perspectivas: una de ellas, por lo que supone de mantenimiento de un indemostrable deber de fidelidad u obediencia del ciudadano a sus leyes en cualquier sitio en que se encuentre; lo que, en verdad, encubre una ambición o deseo del Estado de extender y ampliar su poder más allá de sus -- fronteras. Es coherente por ello, inferido de dicha premisa, comprobar como son los Estados con formas políticas o regímenes autoritarios o hegemónicos los que propugnan este sistema "lógicamente celosos de mantener su imperio sobre sus súbditos"⁹⁹, y de conservar las "esencias nacionales de su ciudadanía". Subyacen esas ambiciones, plasmadas en "un nacionalismo exacerbado, también, según advierte FIERRO, en "aquello:

97 Vid. JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 753.

98 Cita extraída de JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 753.

99 Expresión de QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, cit, pág. 67.

Estados de fuerte emigración, basados en el principio del *ius sanguinis*, que intentan mantener de todas las formas posibles la sujeción y vinculación con sus nacionales que han emigrado y también a sus descendientes, a quienes consideran nacionales¹⁰⁰.

La otra perspectiva, no menos relevante, atiende a los -- innumerables defectos o inconvenientes que se originan, como ya se ha puesto de manifiesto; resultando, de otra parte, -- contradictorio en muchos aspectos (en todos los esenciales, concretamente), con los fundamentos legitimadores del principio de territorialidad.

Por ello, en definitiva, debemos concluir rechazando su legitimación sobre consideraciones que no sean estrictamente pragmáticas o realistas, fruto o efecto de un principio no -- menos cuestionable, el de la no extradición del nacional, -- que conllevaría una incongruente y absurda impunidad del nacional refugiado en su propio país. Conclusión a todas luces inadmisibles.

100 Ob, cit, pág. 149.

CAPITULO V

PRINCIPIO DE PROTECCION DE INTERESES

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Este principio recibe muy diversas denominaciones según -- las opiniones doctrinales. Conocido como "Realprinzip", -- "Realsystem" o "Schutzprinzip" por los autores alemanes¹, en la literatura penal española es habitualmente llamado principio real o de protección de intereses, conjuntamente, aunque también merece, entre otros, apelativos tales como principio de la defensa², principio estatal o de garantía de los bie-- nes jurídicos nacionales³, principio del orden jurídico inte-- tesado⁴, o principio objetivo⁵.

La denominación aquí utilizada (principio de protección -- de intereses) puede resultar abstracta e incapaz de precisar cuál es su contenido, o qué supuestos comprende, pero en -- cualquier caso no lo es más que algunas de las precitadas. En realidad, la denominación correcta vendría dada por la adi-- ción del vocable "estatales", mas ello plantea una cuestión

- 1 Impropiamente denominado también principio de la "quasiterritorialité", vid. entre otros, LOGOZ, P. Commentaire du Code Pénal Suisse. Partiege-- nérale. 10^e ed. Neuchâtel-Paris 1976 y PANCHAUD/OCHSENBEIN/VAN RUYMBEKE. Code Pénal Suisse Annoté. Editions Payot Lausanne. 1982.
- 2 Vid. CEREZO MIR, J., ob, cit, pág. 205.
- 3 Vid. POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 472.
- 4 Vid. VON LISTZ, F., ob, cit, pág. 114, PUIG PEÑA, F., ob, cit, pág. 143.
- 5 Vid. QUINTANO RIPOLES, A., Tratado, II, cit, pág. 81.

de fondo de suma importancia referida a la inclusión o no de la protección de intereses individuales en este criterio. Si incluimos éstos, o sea, lo que se conoce como principio de personalidad pasiva, el término "estatales" devendría impropio. Si, por el contrario, los excluimos, el término aludiría convincentemente al significado y contenido que le es característico. De ese modo la intitulación, a nuestro entender, aporta una claridad y concreción superior a la que pueda extraerse o deducirse de nombres como "real", "defensa", "objetivo", "orden jurídico interesado", etc., que además poseen acepciones multívocas y/o equívocas.

Como veremos, por su propia configuración, este sistema, que no ha tenido nunca históricamente carácter único, exclusivo o prevalente, constituye un punto de conexión complementario y subsidiario del principio de territorialidad. Caracter que aparece delimitado de modo inequívoco por tener, generalmente, un contenido más o menos amplio, pero delimitado mediante un catálogo concreto de hechos a los que es aplicable.

A pesar de que son reproducibles aquí muchas de las objeciones formuladas a propósito del principio de personalidad (intromisión en la soberanía extranjera, desconfianza en la justicia del lugar de comisión, etc.), la vigencia de esta regla de extraterritorialidad penal tiene como finalidad la específica protección de ciertos intereses estatales en el

extranjero, algunos de los cuales, por su propia naturaleza, no son (o no puede ser) objeto de protección o tutela en el territorio en el que se cometen, o el grado de tutela allí - no es suficientemente relevante para la importancia del bien jurídico que lesionan o ponen en peligro.

Por esta razón, no puede refutarse de modo generalizado - el principio de protección de intereses, sino individualizada y concretamente en algunos de los supuestos que ampara. - El que sea ésta una consideración previa, no es casual, pues se parte de una premisa implícitamente aceptada por todos, - cual es la de la ausencia en algunos casos, o débil protección, en otros, de que gozan ciertos bienes jurídicos de gran trascendencia para cada uno de los Estados, en los respectivos - ordenamientos jurídicos extranjeros, obviamente preocupados en tutelar sus intereses vitales y no los extraños.

Con evidente legitimación este criterio de extraterritorialidad se presenta verdaderamente (y no ficticiamente como el de personalidad) en algunos supuestos que son parte de su objeto de aplicación, complementario del de territorialidad, para dar cumplida satisfacción a la tutela de legítimos intereses estatales.

II. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PROTECCION DE INTERESES.

El sentido en que se entiende comúnmente este principio,

no coincide plenamente con la realidad jurídico-penal de su regulación en muchos Estados. Por ello, su significado es diferente, dependiendo de la adopción por la doctrina de una concepción objetiva, o acorde con la legislación nacional. En la literatura penal, unos autores tienen en cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido, en tanto que otros, amplían el campo del mismo refiriéndose únicamente a la nacionalidad del interés jurídico.

En su sentido más propio, el principio de protección de intereses es aquel criterio de aplicación extraterritorial de la ley penal, que posibilita la aplicación de ésta a las infracciones contra ciertos bienes o intereses jurídicos estatales, cometidas en el extranjero⁶. De esta afirmación se deducen, estrictamente, dos consecuencias, las cuales no son asumidas generalmente. Por un lado, que su base la constituyen exclusivamente intereses estatales, colectivos o comunitarios, independientemente de su valor o importancia. De otra parte, que quedan excluidos de su ámbito de protección bienes o intereses jurídicos individuales.

Respecto al primer efecto, se pone de manifiesto la necesidad de recurrir a este sistema sólo en determinados supuestos delictivos. Así, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON lo reservan

⁶ De esta forma, ANTON ONECA, J., ob, cit, pág. 118.

para "determinados delitos que representan ataques de extraordinaria importancia"⁷, mientras QUINTANO RIPOLLES, lo reclama "habida cuenta únicamente la cualidad del delito, su gravedad o la importancia y trascendencia de los bienes o intereses jurídicamente protegidos"⁸. En esa misma línea, en la doctrina española acogen una evidente restricción de su objeto varios autores⁹, destacando todos ellos que el significado de este principio no abarca la totalidad de bienes o intereses jurídicos estatales, sino que se circunscribe a la protección de los más relevantes, trascendentes o vitales.

Respecto al segundo efecto, la doctrina se halla absolutamente dividida en su respuesta. Hemos señalado en otro momento (Vid. clases de principio de personalidad) las posiciones adoptadas en torno al principio de personalidad pasiva. Precisamente aquellos que cuestionan la vigencia de este criterio, señalan su coincidencia con el principio real o de protección de intereses, llevado a extremos absolutos. Los que,

7 Ob, cit, pág. 193.

8 Tratado II, cit, pág. 81.

9 Así, PUIG PEÑA manifiesta como el Estado considera que ciertos intereses son de tal importancia que exigen su protección penal, ob, cit, pág. 143; DEL ROSAL más restrictivamente indica: "Existen bienes que afectan más íntimamente a la estructura y existencia del orden comunitario. Se trata, en estos casos, de los relativos a la seguridad interior y exterior del orden estatal". Ob, cit, pág. 373; en tanto RODRIGUEZ DEVESA alude a que el Estado no puede permanecer inerte frente a ataques a la comunidad que personifica por el hecho de que se verifiquen en el extranjero, ob, cit, pág. 214; circunscribiéndolo SAINZ CANTERO a la protección estatal de determinados intereses que, por su naturaleza, son vitales para la colectividad o los súbditos del Estado", ob, cit, pág. 171; y en la misma línea POLAINO NAVARRETE aduce que "estriba en la incidencia típica, de lesión o de peligro, de determinados bienes jurídicos nacional-estatales que se consideran esenciales a la propia organización política del Estado". Ob, cit, pág. 473.

por el contrario, admiten la vigencia del principio de la personalidad pasiva no requieren de la inclusión de la protección de bienes jurídicos individuales en el sistema que ahora comentamos.

Podemos señalar como en un sentido impropio (por excesivo, amplio o extremo en su contenido), el principio de protección de intereses comporta la aplicación de la ley penal del Estado no sólo a los intereses estatales, sino también a los individuales que puedan ser lesionados o puestos en peligro en el extranjero¹⁰.

En base a este aserto, el criterio de extraterritorialidad penal se identifica por la exclusiva consideración de la nacionalidad del bien jurídico, apareciendo irrelevante la cualidad del bien, la gravedad del delito, o cualquier otra motivación. Esta tesis, mayoritaria en la doctrina italiana por razón de su regulación jurídica positiva, es sencillamente -- ilustrada por ANTOLISEI diciendo que "el principio de la defensa o tutela comporta la aplicación de la ley del Estado - al cual pertenece el sujeto pasivo del delito"¹¹. Por su par

10 Así, JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, pág. 755, opina que con este sistema se reclama "la aplicación de la ley penal del Estado para todos los delitos que se hayan cometido en cualquier lugar, y por cualquier persona, cuando ataquen bienes o intereses jurídicos del Estado o de los ciudadanos del mismo". De igual forma opina SOLER, S., al considerar que la competencia se determina "conforme sea nacional el interés vulnerado por el delito". Ob, cit, pág. 149.

11 Vid. Ob, cit, pág. 94.

te, MANTOVANI, desglosa su significado, para comprender en un todo el principio de la defensa del Estado o real que implica "la aplicación de la ley del Estado al cual pertenecen los intereses ofendidos" y el principio de la defensa individual o de la personalidad pasiva en atención "al sujeto pasivo del delito"¹².

Si bien nuestra opinión coincide con el significado que hemos expuesto como propio, analizaremos en este capítulo -- también la proyección del principio de protección de intereses sobre la infracción de bienes jurídicos individuales, para formular el oportuno parecer al final del mismo.

III. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE INTERESES.

A. GENESIS HISTORICA.

JIMENEZ DE ASUA sitúa su precedente remoto en el Derecho romano, argumentando como el criterio de la "supremacía romana y la necesidad de defenderse de los enemigos exteriores, hicieron que también los delitos cometidos fuera del territorio romano fuesen penados en Roma, cuando se dirigían -

¹² Ob, cit, págs. 820-821.

contra el Estado romano, o indirectamente, lesionaban la potestad de Roma, o cuando se perpetraran en territorios de Estados a ella subordinados. Y, por un principio elemental de defensa, debido por la autoridad romana a sus propios ciudadanos, fueron penados en Roma, aunque se cometieran en el extranjero, las ofensas perpetradas contra ellos, porque, para la ley romana, constituían hechos merecedores de la pena pública. Esto ocurría, -concluye- en particular, con la ofensa jurídica causante de la muerte de un ciudadano, que era sentida como un ataque a la fuerza y a la prosperidad del Estado mismo"¹³.

Siglos más tarde, se manifiesta "en las relaciones entre las ciudades lombardas" (siglos XIII y XIV) hasta aparecer definitivamente implantado "tan pronto como adquirieron vigor las ideas renacentistas de íntegra soberanía estatal, a las que el principio de la competencia real sirve predominantemente"¹⁴.

Su progenie absolutista y política, encontró el encomiable apoyo de la ciencia alemana y más concretamente de -- BINDING, al que existe general coincidencia en mostrar como el más destacado defensor del mismo¹⁵, así como el soporte -

13 Ob, cit, pág. 725.

14 QUINTANO RIPOLLES, A., Tratado, II, cit, pág. 82.

15 Vid. entre otros JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 756, FIERRO, G., ob, cit, pág. 135, SOLER, S., ob, cit, pág. 149.

"de las mudanzas políticas que dan hegemonía a un Estado fuertemente centralista, unitario, militar; Prusia"¹⁶.

Con posterioridad, tan sólo singularmente se ha defendido este sistema. Un ejemplo de acérrimo partidario de él, ha sido TRAVERS, el cual expone su postura en este pasaje, - que nos permitimos transcribir: "La ley penal de un Estado - tiene por objeto y por razón de ser la protección de sus intereses generales. Ella sólo tiene calidad para evitar, en - la medida de lo posible, que esos intereses no sean lesionados. Tiene, en consecuencia, el derecho absoluto de inculpar todos los hechos que considere, incluso equivocadamente, como capaces de producirles daño. Poco importa el lugar de - perpetración, territorio nacional, territorio extranjero, -- real o ficticio. El perjuicio eventual o producido basta"¹⁷. Más recientemente, CABRAL entiende que "salvo el principio - personal o de la nacionalidad, los restantes principios no - son sino expresiones del principio real, pues éste es el único que puede brindar una explicación jurídica satisfactoria a todos los casos que se puedan presentar"¹⁸.

16 Opinión de JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 756.

17 Cita extraída de QUINTANO RIPOLLES, A., Tratado, II, cit, pág. 84, nota 3. También la transcribe JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado II, ob, cit, pág. 756, nota 64.

18 Citado en FIERRO, ob, cit, pág. 135.

B. FUNDAMENTO.

A través de dos esenciales razones se pretende legitimar la vigencia de este sistema. En una especie de autotutela penal del Estado, basada ora en la naturaleza de los bienes o intereses jurídicos que con este criterio se tratan de proteger, ora por la desprotección de los mismos en la legislación extranjera, y en una especie de legítima defensa que ejerce el Estado sobre las agresiones a las que pueden verse sometidos aquéllos. Ello no obstante, tampoco dejan de ser pacíficamente aceptadas ambas razones legitimadoras, como --enseguida vemos.

a) Autotutela penal.

Sobre la base de aquel significado que denominamos propio, esta expresión pertenece a QUINTANO RIPOLLES, quien la fundamenta en la necesidad del Estado de sacrificar la --normal dogmática territorialista para garantizarse aquellos "bienes o intereses que afectan a su estructura, instituciones o crédito"¹⁹. Con la misma tesis, POLAINO NAVARRETE encuentra el nuevo marco axiológico de fundamentación en "la salvaguarda penal de determinados bienes jurídicos de índole estatal"²⁰.

19 Tratado, II, pág. 81.

20 Ob, cit, pág. 473.

Las referidas opiniones, determinadas por la naturaleza de los bienes estatales en conflicto, no aluden, al menos expresamente, a la ausencia de tutela o protección en el territorio en el que puede cometerse la infracción. Por ello, las fundamentaciones de JESCHECK y MANTOVANI van dirigidas - en ese sentido. El autor alemán señala cómo "el principio de protección está desde luego justificado, porque es el propio delincuente quien crea por la dirección de su ataque la relación con el poder punitivo del Estado", añadiendo que "prácticamente la mayoría de las veces los Estados extranjeros y sus intereses no son protegidos por el Derecho penal de otros países, así que la intervención del propio poder punitivo es el único medio de asegurar esta protección frente a los ataques provenientes del exterior cometidos en el extranjero por extranjeros"²¹. El autor italiano considera lícito el principio de la defensa del Estado "tanto por la ofensa de los hechos frente al Estado mismo, como por la constatación de que los intereses de los Estados no son normalmente protegidos - por la ley penal extranjera, bien porque la aplicación de la propia ley penal es la única autodefensa del Estado"²².

Ampliando su significado, JIMENEZ DE ASUA designa - con el nombre de principio de protección "el derecho y la --

21 Tratado, I, cit, pág. 228.

22 Ob, cit, pág. 821.

obligación del Estado de defender todos sus bienes jurídicos internos, públicos y privados"²³.

Hay que convenir, en efecto, en la justificación y licitud del Estado para tutelar o garantizar la protección - de sus bienes más importantes o vitales cuando éstos se vulneran en el extranjero. Con mayor razón cuando esta vulneración, por la propia naturaleza de los bienes en juego, no merece la protección del ordenamiento jurídico donde han sido quebrantados. Pero carece de justificación ejercitar el ius puniendi en defensa de intereses individuales o privados, tanto por el hecho de que en todo caso se hallan protegidos en el lugar de comisión, como porque en esos supuestos no puede acreditarse la necesidad de autotutela o defensa del Estado al que por la nacionalidad del sujeto pasivo se ligan.

b) Legítima defensa.

Mantiene esta justificación en la doctrina nacional ANTON ONECA por cuanto "el Estado amenazado ejercita un derecho natural de legítima defensa"²⁴. Coinciden en advertir -- "una especie de legítima defensa" del Estado en la fundamentación del principio de protección de intereses, omitiendo la referencia al Derecho natural, LANDROVE DIAZ²⁵ y RODRIGUEZ -

23 Tratado, II, cit, pág. 755.

24 Ob, cit, pág. 118.

25 Vid. Introducción, cit, pág. 133.

MOURULLO²⁶.

Frente a ella y frente a la conceptualización que también se hace en base al estado de necesidad, por BERNER y ARNOULD, opone QUINTANO RIPOLLES, su notoria impropiedad para obligar "por su misma fuerza a vulnerar las normas ordinarias" del principio de territorialidad, además de considerar inaceptable la asimilación "puesto que en la acción estatal hay una actividad posterior al presunto atentado"²⁷.

Debemos, desde un análisis estrictamente técnico-jurídico, convenir en el reproche que hace el tratadista español a esta fundamentación del principio de protección de intereses. Dicha objeción, sin embargo, puede efectuarse al parecer de ANTON ONECA, quien parece acoger sin reservas la justificación, y no tanto a quienes no asimilan exactamente la legítima defensa con esta protección estatal sino que advierten de conceptualarla únicamente como "una especie" de legítima defensa.

En cualquier caso, puede reconducirse sin mayores problemas esta peculiar manera de entender la legítima defensa "a posteriori", a la legitimación apoyada en la "autotutela estatal", ya que en definitiva, ambas, fundamentan convin-

26 Ob, cit, pág. 165. JIMENEZ DE ASUA estima parcialmente esta base "en cuanto a los delitos políticos". Tratado, II, cit, pág. 756.

27 Tratado, II, cit, pág. 81. En el mismo sentido la opinión de FIERRO, G., Ob, cit, pág. 135.

centemente la necesidad que tiene o puede tener el Estado de proteger sus bienes jurídicos²⁸.

C. ELEMENTOS DECISIVOS.

Prescindiendo de la consideración del principio de personalidad pasiva, que analizamos en epígrafe posterior, y -- por tanto, teniendo en cuenta exclusivamente el significado que conceptuamos como propio, destacan como decisivos en el principio de protección de intereses, dos grandes elementos, la nacionalidad y la cualidad o naturaleza de los bienes jurídicos. A ellos ha de añadirse un tercero que determina la efectiva defensa de aquéllos mediante la sanción penal: la presencia del reo en el territorio. Este último, de cualquier modo, al no presentar ninguna variación respecto al expues-- to a propósito del principio de personalidad no es aquí co-- mentado. Tampoco se tratan las limitaciones (v.g. incriminación en el territorio de comisión, ne bis in idem, abono de las penas, etc.) por su equiparación con el principio precedentemente comentado.

a) Nacionalidad del bien jurídico.

Es absolutamente imprescindible que el bien jurídi-

²⁸ Discrepa de ambas fundamentaciones, con argumentos que no parecen sostenibles, FIERRO. Este autor dice que "el fundamento adecuado habrá que -- buscarlo en la razón de existir misma del Derecho penal, que no es otra que la de tutelar y proteger los bienes jurídicos mediante la amenaza de aplicar a los infractores sanciones penales". Ob, cit, pág. 135.

co lesionado o puesto en peligro en el extranjero ostente la nacionalidad del Estado que se dispone a protegerlo con la aplicación de sus leyes²⁹. Ello porque la especificidad de este principio se halla determinada en la innegable defensa que el Estado ejerce únicamente sobre sus propios intereses. Lo relevante, pues, es la nacionalidad del bien vulnerado. Los bienes o intereses jurídicos, propios de otros Estados no corresponde protegerlos en base a este principio.

Por su peculiar cualidad o naturaleza esta cuestión sin embargo, no presenta ninguna especial problemática, pues se contrae a la fijación de la nacionalidad del bien jurídico protegido.

b) Cualidad o naturaleza del bien jurídico.

Dado que no todos los bienes jurídicos nacionales quedan amparados por este sistema, es preciso exponer qué es lo que decide su adscripción y sujeción a la ley penal estatal. Aunque, en concreto, cada legislación nacional amplía o restringe el catálogo de infracciones perseguibles en virtud de éste, podemos, sin duda, estudiar las connotaciones de todas ellas, en abstracto.

29 En este mismo sentido, JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 755; SAINZ CANTERO, J.A., ob, cit, pág. 159.

Los bienes jurídicos incluidos en el principio de protección de intereses presentan en común "una entidad jurídica"³⁰, específica, que viene dada por "la naturaleza del interés o bien jurídico protegido"³¹. En efecto, todos ellos son bienes jurídicos estatales³², esto es, hallan su razón de ser en la importancia y trascendencia que tienen para la organización jurídico-política nacional o para algunas de las más relevantes funciones que tiene asignado el Estado en cuanto tal. No caben, por tanto, en este sistema, bienes de carácter personal o individual conformados por afectar a uno o varios ciudadanos de la comunidad"³³. Decide, únicamente, su naturaleza estatal³⁴.

RODRIGUEZ MOURULLO defiende esta posición, reservando la operatividad del principio de referencia "para aquellos delitos que de alguna manera afectan a la subsistencia, organización o intereses vitales del Estado"³⁵.

³⁰ Frase de QUINTANO RIPOLLES, A., Tratado, II, cit, pág. 83.

³¹ Así, RODRIGUEZ MOURULLO, G., ob, cit, pág. 165.

³² En este sentido, se expresan POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 473 y LANDROVE DIAZ, G., Introducción, cit, pág. 133.

³³ CUELLO CALON efectúa una extraña mezcla con el principio de justicia universal, pues a su juicio, rige el principio en cuestión "para la protección de vitales intereses del Estado, (su seguridad, crédito, etc.) o para la represión de delitos que lesionan intereses comunes a todos los Estados civilizados, los llamados "delitos contra el derecho de gentes" -- (trata de mujeres, circulación de publicaciones obscenas, falsificación de moneda, etc.) para cuya represión se han estipulado acuerdos internacionales". Ob, cit, I, pág. 244. Obviamente, no podemos aceptar este parecer al no tener nada que ver con el fundamento del criterio comentado.

³⁴ Vid. al respecto, el párrafo 5, apartados 1 a 5, 10, 11 y 13 del Código penal alemán; el párrafo 64(1), apartados 1 y 2 del Código penal austríaco; y los artículos 4 del Código penal suizo, 1.a) del portugués y 7, apartados 1 a 4 inclusive del italiano, en los cuales se regula "strictu sensu" el principio de protección de intereses, limitado a los de naturaleza estatal.

³⁵ Ob, cit, pág. 165.

En definitiva, lo relevante es la nacionalidad y la naturaleza estatal de los bienes jurídicos quebrantados en el extranjero, con independencia de la nacionalidad del sujeto activo de la infracción (nacional o extranjero). Aunque convenimos con QUINTANO RIPOLLES, y así lo trataremos en su momento, que la irrelevancia del status personal debe entenderse en lo procesal ya que "en lo sustantivo cabe muy bien una estimación diversa de la responsabilidad de un nacional y de un extranjero, e incluso que la primera sea la sólo exigible en el tipo, como sucede en los delitos denominados de propia mano"³⁶.

D. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA.

Respondiendo a esa concepción extrema del principio de protección de intereses antes aludida, se reconoce en este principio un doble sustrato; el de garantizar aquellos bienes esenciales del Estado, y el de defender los intereses individuales de los nacionales del Estado en el extranjero³⁷.

Al margen de las precisiones efectuadas al tratar de las clases o categorías de principios de personalidad, expo-

36 Tratado, II, cit, pág. 85. La misma posición sostienen: CEREZO MIR refiriéndose a "intereses del Estado que se consideran esenciales" ob, cit, pág. 205, y FIERRO a "bienes jurídicos de naturaleza eminentemente pública", ob, cit, pág. 137.

37 Vid. ejemplos de vigencia de este principio en la legislación positiva - comparada en el capítulo anterior.

nemos aquí, de modo definitivo el análisis de la cuestión.

Es frecuente tanto en la doctrina nacional como extranjera, ampliar el significado del principio de protección de intereses en atención al sujeto pasivo del delito³⁸. Sin modificar las razones legitimadoras del mismo, se consideran comprendidos bajo la misma denominación común tanto los intereses vitales del Estado cuanto los bienes individuales o particulares de sus nacionales. Más aún, algunos como QUINTANO RIPOLLES reputan al principio real como principio de personalidad al revés, estimando, que "morfológicamente, además, el principio real viene a ser como una versión del principio de la personalidad, vuelto por pasiva. En efecto -dice-, así como en este último principio, la consideración del sujeto activo del delito es lo que cuenta para que la ley penal opere fuera de su ámbito local propio, es decir, la pertenencia -- del delincuente a la ciudadanía del Estado que lo persigue, en el principio real es la del sujeto pasivo la que decide -- la competencia, tratándose de la cualidad de la víctima, del Estado o los intereses que éste juzga dignos de mayor protección"³⁹.

38 Vid. por ejemplo, JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 755; - SAINZ CANTERO, J.A., ob, cit, pág. 159; DEL ROSAL, J., ob, cit, pág. 373; PUIG PEÑA, F., ob, cit, pág. 143; SANCHEZ TEJERINA, I., ob, cit, pág. 140; VON LISTZ, F., ob, cit, pág. 114 o MANTOVANI, F., ob, cit, pág. 821.

39 Tratado, II, cit, pág. 83.

¿Puede mantenerse este criterio? Ciertamente, desde -- una perspectiva realista sí. Basta con consultar las legisla-- ciones penales nacionales, para concluir que es posible man-- tener una tal posición, por cuanto es aplicable la ley penal nacional desde el momento en que se ha cometido una infrac-- ción criminal contra sus ciudadanos, con independencia del -- lugar y nacionalidad del delincuente.

Desde un punto de vista conceptual la opinión debe ser diferente. Y no porque "la ley penal no está hecha para la -- defensa de intereses particulares", como observaba, censuran-- do esta práctica, DONNEDIEU DE VABRES⁴⁰, sino porque la pro-- tección de los intereses particulares o individuales está -- garantizada plenamente en el lugar de comisión del delito, -- al contrario de lo que ocurre con los intereses estatales. -- La amplitud o dilatación de este principio de protección o -- defensa más allá de ciertos límites, ya no obedecería a la -- estricta necesidad de garantizar adecuadamente bienes despro-- vistos de protección o infraprotegidos en el extranjero, sino a la articulación de un sistema hegemónico, demasiado ambi-- cioso, con claras pretensiones estatistas y garantistas, -- incidiendo, como ponen de relieve algunos autores, en una -- ilimitada, arbitraria y unilateral competencia que equivale,

40 Précis, ob, cit, páq. 448.

a una desnaturalización del principio⁴¹.

Autoarrogarse esta pretensión, por otra parte, comporta la colisión con otro interés más importante, el derivado de la vigencia del principio territorial, poniendo de relieve conforme indica FIERRO, con el que coincidimos, un grave --- error, que además "introduce una contradicción dentro de la armonía que debe prevalecer en la coexistencia de múltiples sistemas autónomos, creando una zona de continuos conflictos"⁴²

En definitiva, aún cuando nada se pueda objetar desde el punto de vista del Derecho internacional, pensamos que es preciso limitar el principio de protección de intereses, eliminando de su seno los intereses individuales, toda vez que no presentan las peculiares características de los estatales, ni se hallan desprovistos del amparo de las leyes penales del Estado en el que han sido lesionados o puestos en peligro.

E. VALORACIÓN DE SU EFICACIA.

En el estado actual de la coordinación de las legislaciones penales interestatales, se revela como un dato plenamente evidente la escasa tutela que cada una de ellas presta

41 De ahí, además, deduce QUINTANO RIPOLLES el que este sistema sea patrocinado por regímenes autoritarios, como el imperial austríaco de antaño y los fascistas y soviéticos de hogaño. Tratado, II, cit, pág. 83. Vid. también FIERRO, ob, cit, pág. 136.

42 Ob, cit, pág. 137.

a los intereses de las otras. Pues bien, lógica consecuencia de ese "prius" es la confirmación de la necesidad y conveniencia de un sistema como el de protección de intereses estatales. Sólo a través de él, a nuestro entender se resguarda y garantiza la defensa de bienes jurídicos esenciales para la propia existencia del Estado cuando éstos son lesionados o puestos en peligro más allá del territorio en el que impera su soberanía.

Este principio que carecería de sentido, concebido sobre su exclusividad, además de implicar "la proclamación del egoísmo más desenfrenado" según SANCHEZ TEJERINA⁴³, es limpiamente compartido sin cuestionamiento alguno. Las objeciones se formulan, cuando excediendo los ámbitos estrictamente imprescindibles para defender aquellos bienes esenciales, carentes de protección o protegidos con irrelevante proporcionalidad, en el extranjero, se amplía su esfera de aplicación dando cabida a otros bienes menos relevantes, incluidos los individuales, y se prescinde del interés del Estado en el -- que se produce la infracción.

Con absoluta razón ha de valorarse negativamente una idea del principio de protección de intereses, estructurada

43 Ob, cit, pág. 140. DONNEDIEU DE VABRES señalaba como la principal objeción que se opone con fuerza irresistible a este principio concebido -- egoísta y unilateralmente; --basado en las solas sugerencias de su interés--, es la competencia penal sin límites que atribuiría a sus Tribunales. Vid. JIMENEZ DE ASUA, Tratado, II, pág. 756.

en torno al egoísmo o la protección más absoluta de todas - las instituciones nacionales, al modo de los planteamientos elaborados por los criminalistas alemanes del siglo pasado^{44,4}.

A mayor abundancia, alejados de concepciones similares, propias de sistemas absolutistas, y de acuerdo con los principios del Derecho internacional, resulta intolerable la intromisión en el campo de aplicación de la ley penal extranjera para salvaguardar bienes jurídicos individuales debidamente protegidos por aquella. Sin duda, ello origina innumerables conflictos o colisiones entre ambos ordenamientos, -- además de quebrar absurdamente la vigencia de la territorialidad penal.

IV. COMENTARIO CRITICO. NUESTRA POSTURA.

Ha de censurarse, objetivamente, la extensión de un principio concebido para proteger intereses estatales de gran -- trascendencia para un Estado, hasta incluir en él, intereses protegidos en el Estado extranjero e incluso los intereses -

- 44 Referencia extraída de MANTOVANI, F., ob, cit, pág. 821 y SAINZ CANTERO, J.A., ob, cit, pág. 171.
- 45 Por ello, no puede juzgarse positivamente lo que acontece en determinados Estados que utilizan este criterio con un extremado afán defensista y protector de intereses estatales, como es el caso de los Códigos penales austriaco y alemán. Ejemplo elocuente es el parágrafo 64 (1).3 del primero y 5.10 del segundo, que conteniendo hechos muy similares, extienden su - eficacia a "la falsa declaración no jurada, perjurio y falsa aseveración en lugar del juramento en proceso que depende del tribunal del ámbito de validez espacial de esta ley o de otro ente alemán (transcribimos el precepto germano) competente para tomar juramentos o aseveraciones en lugar de juramento". El mismo celo garantista se muestra, en la protección de intereses individuales en el parágrafo 5.9 alemán, antes transcrito, que nos trae a la memoria ancestrales concepciones raciales.

individuales (vida, libertad, propiedad, etc.) de sus nacionales. Sólo con una proyección escandalosamente egoísta o -- unilateral es posible aceptar tales postulados.

En base a su propia fundamentación, -autotutela, del Estado, a nuestro juicio, más que legítima defensa a posteriori-, es absolutamente comprensible que todo Estado se reserve la aplicación de su ley penal cuando desde el extranjero se vulneran bienes de vital importancia para la organización política, social o económica. Máxime si algunos de esos bienes, por su especial naturaleza (v.g. traición o delitos en general contra la seguridad exterior del Estado) no pueden ser protegidos sino por sus mismas leyes.

En estos supuestos, por otra parte, no se advierte ni vulneración del principio territorial extranjero, ni conflictos o colisión de intereses entre la ley del lugar de comisión del delito y la ley del Estado afectado.

Desaparece por el contrario, el apoyo legitimador del principio de protección de intereses, si éste se dilata hasta proteger intereses nacionales de cualquier clase, y más aún si en él se admite su aplicación a intereses individuales. No cabe, en estos casos, acudir a la autotutela ni a la legítima defensa, y únicamente queda el recurso de una pretensión absolutamente defensiva, como fundamentación. Pero ello, evidentemente, ocasionará conflictos y colisiones, porque -- tanto la ley del lugar de comisión como la del Estado afecta



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

do, regularán la protección de dichos bienes y se considerarán competentes para aplicar sus normas y juzgar por sus Tribunales.

Debe, por ello, concluirse, censurando la práctica de un criterio como el de la personalidad pasiva, no ya por lo que tiene de garantista y hegemónico, cuanto por lo que representa de indeseable desprecio del derecho extranjero.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO VI

PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Desde las consideraciones efectuadas a propósito de aquellas extremadas tesis partidarias de una justicia universal absoluta, sólo cabe concebir -rechazando dicho postulado- (Vid. Capítulo I de esta Segunda Parte), en la realidad positiva actual, que este criterio universalista no es sino un sistema complementario y subsidiario junto a otros, del principio de territorialidad. Obedeciendo, eso sí, como veremos, a justificaciones menos egoístas o estatistas, lo que sin duda le concede un márchamo diferencial y unas peculiaridades propias, no exentas de riesgos e inconvenientes.

Podría decirse, sin temor a equivocarse, que eludida por inviable una justicia universal absoluta, el principio del mismo nombre se constituye en el exponente de ese ideal, toda vez que actúa con la misma pretensión de determinar la aplicación de la ley penal con independencia del concreto lugar de comisión del delito, sobre la base de aceptar como verdaderamente esencial la realización de la justicia punitiva, esto es, la eliminación de toda posible impunidad.

Naturalmente que la operatividad de esta regla, por su propia caracterización de principio complementario y subsidiario del territorial, no persigue la represión universal de cualquier tipo de infracciones que puedan cometerse en el extranjero. Naturalmente que la competencia del iudex deprehensionis se limita a un cierto número de supuestos delictivos, más o menos amplio, que normalmente las legislaciones nacionales establecen a modo de catálogo (cerrado o no), en el momento de regular su aplicación. ¿Cuáles son esos delitos y por qué únicamente esos se reprimen en virtud de este sistema?. En primer término, destaca como nota relevante en su regulación la procedencia u origen de esos delitos. En efecto, todos ellos, presentan la característica singular de proceder de acuerdos internacionales, o sea, de Convenios o Tratados entre distintos Estados. Derivando de esta concreta fuente de producción de normas, puede lógicamente deducirse, en segundo término que, los delitos incardinados en sede de este criterio, tengan connotaciones internacionales y presenten como matiz de relevancia la protección de ciertos bienes jurídicos de carácter internacional-universal, cuya infracción lesiona o pone en peligro, no el específico marco de un valor estatal o individual, sino, por el contrario, el amplio espectro de intereses jurídicos reconocidos y amparados por la Comunidad internacional. Aun cuando la evidencia de esta Comunidad internacional sólo existe como tal en precarias condiciones, formalizada en función de coyunturas más o menos fa

vorables, y aun cuando sólo en contados casos aparece factible el acuerdo entre los Estados que la componen, ello basta para dar respuesta, en tercer término, a la pregunta que inquiere la razón de por qué únicamente ciertos hechos delictivos. Detalle, por otra parte, examinado posteriormente, trayendo a colación los distintos supuestos a los que se extiende la aplicación de la ley penal nacional de acuerdo con este punto de conexión, po denominado por nosotros principio de justicia universal aunque reciba en la literatura otros muchos nombres.

Sin duda alguna, resulta enriquecedora la profusión de términos empleados para intitularle, entre los cuales los más usuales son principio de universalidad o universal, o de justicia mundial, principio de comunidad de intereses, de la represión universal o de la universalidad del derecho de punir o penar, sin que ello obste para que también merezca los apelativos de principio de garantía de los bienes jurídicos de la comunidad mundial¹, o principio cosmopolita².

Estimamos convincentes todas las rotulaciones por cuanto denotan con coherente propiedad y exactitud el objeto y con-

1 Vid. POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, págs. 476 y ss.

2 FIERRO, G., ob, cit, pág. 160. LANDROVE emplea la expresión "foro cosmopolita", en Eficacia espacial de las leyes penales españolas, Temas penales VI, Santiago de Compostela, 1983, pág. 163. DEL ROSAL, J., "sistema de administración de la justicia mundial", ob, cit, pág. 373. QUINTANO RIPOLLES, A., por su convencimiento procesal lo denomina "principio de la competencia universal" Tratado, II, cit, págs. 95 y ss.

tenido propio asignado a este principio, de ahí que la inclinación y decisión por adoptar una de ellas se convierta en un simple ejercicio de la facultad de elección.

II. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

Manteniendo la filosofía del principio absoluto de la extraterritorialidad del derecho de penar, tal y como, v.g. la formulara GROCIO, el significado del criterio comentado consagra el reconocimiento de que determinadas acciones delictivas violan o quebrantan ciertos valores esenciales del orden imperante en la comunidad internacional, convirtiéndose en auténticos delitos "societas generis humani", que obligan a todos los Estados a sancionar sus infracciones cuando los sujetos autores de los mismos se hallan en su territorio. Adquiere así plenitud el adagio grociano "aut dedere aut punire", entregar, o castigar por sí al delincuente.

Efectivamente, este principio "relativo" de justicia universal, tiene como finalidad permitir sin obstáculo alguno que "ciertas infracciones, por diversos motivos, puedan enjuiciarse por cualquier Estado sea cual sea el lugar en que se hayan cometido"³. Únicamente, desde luego, cierta "especie"⁴ o "categoría"⁵ de delitos, precisamente aquellos en --

3 Así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S., ob, cit, pág. 193.

4 Vid. QUINTANO RIPOLES, A., Tratado, II, cit, pág. 95.

5 Vid. LANDROVE DIAZ, G., en Eficacia de las leyes penales, cit, pág. 162.

los cuales "prima el reconocimiento de la idea de la comunidad de intereses, que proclama la garantía de bienes jurídicos en cuya salvaguarda penal está interesada directamente - en cuanto tal la propia comunidad mundial"⁶.

Estos hechos delictivos, por su importancia y significación, otorgan a las leyes y Tribunales del lugar de aprehensión la facultad de su aplicación y atribuciones, no importando el lugar de comisión de los mismos, ni los sujetos y bienes jurídicos afectados (nacionales o extranjeros). Y es que a la ubicuidad o cosmopolitismo del delito corresponde la ubicuidad o cosmopolitismo de la ley represiva, de tal forma que el culpable encontrará siempre un juez y una pena sin distinción de nacionalidades y de territorios. Se erige, aquí, por encima de intereses de cualquier otra índole, un axioma fundamental, el del interés represivo internacional, pivote central sobre el que gira el meritado principio.

En definitiva, su significado, idéntico al del principio de universalidad absoluta del derecho de castigar, nos enseña sencillamente que en cierta categoría de delitos, definidos por afectar a intereses esenciales de la comunidad internacional, el juez del lugar de aprehensión del delincuente posee la competencia para juzgarle conforme a la ley penal del territorio de aprehensión, prescindiendo del lugar de --

⁶ Así, POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 476.

efectiva comisión del delito y de la nacionalidad de los sujetos u objetos efectivamente lesionados o puestos en peligro.

III. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

A. GENESIS HISTORICA.

Teniendo en cuenta que los antecedentes históricos de este principio proceden de la propia génesis filosófica y -- doctrinal de la extraterritorialidad absoluta, y que su expo-- sición ha sido realizada a propósito del análisis de esta te-- sis extrema, nos remitimos a cuanto allí se indica para com-- plementar este epígrafe. Situar su realidad legislativa en -- el texto de Justiniano, Ubi de criminibus agit oportet, I, C. III. 15, como hacen algunos autores⁷, parece con QUITANO RI-- POLLES ilusorio "o al menos propicio a error si se tiene en cuenta su propósito netamente imperialista, de predomnio de la jurisdicción romana en el orbe, que nada tiene que ver -- con los fines de colaboración internacional que el genuino -- principio de la competencia universal significa"⁸.

Por eso, dado que la jurisdicción universal absoluta -- no ha alcanzado consagración legislativa en ninguna etapa -- histórica, puede constatarse la aceptación del principio del

⁷ Así, JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 757. MERLE, R./ VITU, A., ob, cit, pág. 350.

⁸ Tratado, II, cit, pág. 96.

iudex deprehensionis relativo, aunque no identificado con su connotación actual, en "las relaciones entre ciudades italianas de la Edad Media a la vista de criminales peligrosos, ladrones, asesinos..."⁹.

Más tarde, es con el Proyecto de Código internacional del americano DUDLEY FIELD de 1872 donde encuentra incipiente plasmación conforme a las premisas actuales, contando con el favor de la doctrina "merced a la coincidencia de ideologías, por lo demás inconciliables en otros aspectos," tales como la iusnaturalista, la positivista y la neokantiana"¹⁰.

Su reconocimiento, en cualquier caso, en los Códigos penales nacionales ha sido un hecho no reciente, pudiendo citarse entre aquellos que con mayor generosidad han reconocido el principio de justicia universal, los Códigos imperial austríaco de 1803 y 1852, así como los italianos de 1889 y de 1930¹¹. En la actualidad, está generalizada su regulación en las legislaciones penales nacionales, junto a los restantes criterios de aplicación espacial de la ley penal, con contornos muy similares entre ellos.

B. FUNDAMENTO.

Una triple legitimación es posible esbozar para funda-

9 DONNEDIEU DE VABRES, H. Précis, ob, cit, pág. 448.

10 QUINTANO RIPOLLES, A., Tratado, II, cit, pág. 103.

11 Vid. en este sentido QUINTANO RIPOLLES, A., Tratado, II, cit, pág. 106. CERREZO MIR, J., ob, cit, pág. 207, nota 58, y ANTON ONECA, J., ob, cit, pág. 119.

mentar la vigencia del derecho de castigar en base al principio de comunidad de intereses. En primer término y, sin duda, la más importante y decisiva de las justificaciones es debida a la cualidad o categoría de los bienes jurídicos afectados. En segundo término y derivado del primero debemos recurrir a razones de solidaridad internacional, que se traducen en una representación de intereses universales. Por último, y como justificación también relevante aunque enfrentada con la anterior, a la propia necesidad de protección estatal similar a la expresada a propósito del principio personal y de protección de intereses.

Todas ellas en todo caso ponen de manifiesto la ausencia de una "verdadera comunidad jurídica internacional"¹², -ofreciendo una muestra del esfuerzo conjunto para la represión de determinadas infracciones cuyo "número aumenta cada día"¹³, tal vez sobre el sustrato ideal de "un alto imperativo de moralidad y no de bajo pragmatismo inmediato"¹⁴.

a) Cualidad de los bienes jurídicos afectados.

La legitimación esencial se halla en la consideración misma de los hechos sujetos a la vigencia de este prin-

12 Algún autor como ETCHEBERRY, fundamenta este principio en la idea de la existencia de una comunidad jurídica internacional" Citado en ARTIGAS, ob, cit, pág. 15. Creemos que ello no es sostenible en la situación actual.

13 RODRIGUEZ DEVESA, J.M., ob, cit, pág. 227.

14 Frase de QUINTANO RIPOLLES, A., Tratado, II, cit, pág. 97.

cipio. Nos hallamos indudablemente ante los llamados "delitos internacionales"¹⁵ o *delicta iuris gentium*, "que afectan a todos los Estados que forman la comunidad internacional"¹⁶, en cuanto atacan "intereses comunes a todo Estado"¹⁷. O de otro modo ante acciones que "atentan contra los bienes y valores reconocidos en todos los pueblos"¹⁸. Y es que, independientemente de la peculiar importancia de los bienes jurídicos afectados, hay bienes -dice POLAINO- "que en su propia esencia asumen un prevalente carácter comunitario o universal, que permite y aún reclama la inmediata aplicación del ordenamiento penal vigente en el Estado en el que se produce la aprehensión del delincuente"¹⁹.

Debido, pues, a la importancia y trascendencia propia que poseen los intereses jurídicos en juego para la comunidad internacional, cualquier Estado miembro se halla legitimado para juzgar las ofensas o agresiones que sufran, ya que "su fundamento radica -según ilustra RODRIGUEZ MOURULLO- en que la comunidad internacional, como tal, está interesada en (su) persecución y castigo"²⁰.

15 Así, los llama ANTON ONECA, J., ob, cit, pág. 119.

16 RODRIGUEZ DEVESA, J.A., ob, cit, pág. 227.

17 De este modo MIR PUIG, S., ob, cit, pág. 17.

18 Así, QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, II, cit, pág. 95; LANDROVE DIAZ, G., Introducción, cit, pág. 162; SOLER halla su calificación en "su extraordinaria inmoralidad" ob, cit, pág. 150; TERAN, en ser "infracciones graves a la moral universal", ob, cit, pág. 171; NOVOA por "su gruesa inmoralidad", ob, cit, pág. 155.

19 POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 476.

20 RODRIGUEZ MOURULLO, G., ob, cit, pág. 166.

b) Representación de los intereses internacionales.

La apelación a la "solidaridad internacional"²¹, o a una "civilización universal contra el crimen para la defensa de los comunes intereses culturales"²², en defecto de una verdadera comunidad internacional, comporta, precisamente, - que cada Estado actúe "como representante de la comunidad de Estados civilizados"²³.

Esta justificación, innegable muestra de la extraterritorialidad más absoluta de las leyes penales, no debe equivocadamente ampararse en la reivindicación de un derecho de soberanía, en la protección o defensa de intereses individuales o estatales, sino en la legitimación otorgada por la comunidad internacional para actuar como representante de ella "en defensa de bienes jurídicos en cuya protección existe un interés común de todos los Estados"²⁴.

Aparece así, convenientemente fundamentada la justificación del juez del lugar en que el culpable ha sido aprehendido, mostrándose "como ideal desideratum presagio de un ordenamiento internacional verdaderamente solidario"²⁵.

Sin embargo, esta potestad del iudex deprehensionis

21 GIMBERNAT ORDEIG, E. Introducción, cit, pág. 29 y RODRIGUEZ DEVESA, J.M. ob, cit, pág. 228.

22 MANIOVANI, F., ob, cit, pág. 819.

23 CUELLO CALON, E., ob, cit, I, pág. 245.

24 RODRIGUEZ MOURULLO, G., ob, cit, pág. 162.

25 Así se expresan RODRIGUEZ MOURULLO, G., ob, cit, pág. 166 y QUINTANO RÍPOLLES, A., Tratado, II, cit, pág. 95.

debe matizarse en la medida en que se considere el carácter secundario o supletorio de la misma. Ciertamente se justifica, como dice MIKLISZANSKI, cuando el Estado que juzgase tuviera al delincuente en su poder²⁶, pero debe preferirse que sea el Estado del lugar de comisión quien juzgue y aplique sus leyes, utilizando para ello, v.g. la extradición²⁷. Lo contrario sería, propiamente, un derecho penal por representación, o un supuesto de administración de justicia por representación en el que razones de política criminal hiciesen deseable -según indica STRATENWERTH- la persecución de los delitos reprobados en general o los cometidos por organizaciones delictivas internacionales, y que esto ocurra allí -- donde el autor es apresado"²⁸.

c) Necesidad de protección.

Conviene QUINTANO RIPOLLES en rechazar la tesis de la representación, alegando contra ella que si realmente hubiese representación por parte del juzgador "nada impediría que éste castigare actos previstos como criminales en leyes ajenas pero no en las propias, como sucede en tantos aspectos del Derecho privado"²⁹. En su sustitución hace radicar el --

26 Recogido en JIMENEZ DE ASUA, L., Tratado, II, cit, pág. 755.

27 DONNEDIEU DE VABRES por ejemplo, considera que "la extradición es siempre preferible porque atribuye competencia al juez territorial que es el mejor cualificado para conocer del delito" Précis, ob, cit, pág. 448.

28 Ob, cit, pág. 44.

29 Tratado, II, cit, pág. 98.

fundamento en un criterio de protección (como el personal y el real) "pero no única y exclusivamente, como éstos en favor de intereses propios estatales", ya que a su juicio sirve "sobre todo, a la tutela de valores interesando a la comunidad internacional entera"³⁰.

Coincide en fundamentar este sistema universal de represión en un criterio de protección FIERRO, argumentando en su apoyo "que es el resultado de una valoración más amplia, pues toda la Humanidad está interesada por igual en la erradicación de esa categoría de infracciones delictivas, y -- ello ocurre no sólo porque esas conductas ofenden y agreden las pautas culturales de todos los pueblos, sino también, y quizá en forma preponderante, porque esa clase de delitos -- asumen modalidades operativas de carácter internacional, -- frente a las cuales sólo es posible responder con eficacia aunando los esfuerzos de todas las naciones interesadas"³¹.

Aunque sea parcialmente convincente la legitimación efectuada adoptando las mismas razones de protección que amparan el principio personal o el real, no debe, sin embargo, utilizarse como fundamento único y menos aún como excluyente de la tesis de la representación. A nuestro entender, ambos aspectos pueden concebirse con carácter complementario, si se admite -- como parece obvio -- la naturaleza subsidiaria

30 Tratado, II, cit, pág. 95.

31 Ob, cit, págs. 162-163.

del principio de justicia universal en los términos reflejados en el punto anterior, y se acepta como evidente la necesidad sentida por todos los Estados de protegerse eficazmente en los supuestos aludidos en el punto a), mediante fórmulas potencialmente universales. De este modo es posible combinar, sin hacer perder su auténtica esencia, dos argumentaciones que se demostraban irreconciliables, cuando en realidad apoyaban la misma finalidad, bien que partiendo de diferente fundamento.

C. ELEMENTOS DECISIVOS.

a) Positivo: Aprehensión del delincuente.

El único elemento decisivo en el principio de justicia universal es la efectiva aprehensión del delincuente por el Estado. Carecen por tanto de relevancia o es indiferente, tanto el territorio en el que el delito se cometió, como la nacionalidad del sujeto o la nacionalidad del interés jurídico al que la infracción afectó directamente.

La presencia del sujeto en el territorio de un Estado, a disposición de las autoridades judiciales del mismo, conlleva la aplicación de la ley penal del lugar de aprehensión por los Tribunales de ese lugar, prescindiendo de la legislación del país donde se cometió el delito. El Estado

del iudex deprehensionis tiene así el derecho y el deber de ejercitar la justicia represiva, cuando el delito de que se trate se halle previsto como tal en su legislación, y derive de convenios o tratados internacionales disponiendo la ubicuidad represiva. Con ello, al aparecer desligado el acto de justicia de su tradicional adscripción a la soberanía, la tarea del Estado se convierte, de acuerdo con el parecer de QUINTANO RIPOLLES, en "una labor técnica de cooperación internacional, en que el objeto de la represión viene a ser un interés predominantemente humano y no nacional"³².

b) Negativo: Ausencia de Tribunales Internacionales.

La realidad, demostrada por esa atribución a cada Estado de la competencia para reprimir por solidaridad internacional, los crímenes o delitos que afectan a intereses de toda la comunidad internacional, manifiesta con claridad meridiana la ausencia de una jurisdicción internacional por encima de los estatales.

Efectivamente no existe una jurisdicción internacional, como no existe un Código penal internacional que defina o tipifique aquellos delitos cuya esencia no derive de afectar intereses nacionales o individuales sino internacio

³² Tratado, II, cit, pág. 96.

nales o universales, como no existe tampoco una comunidad - de naciones que legisle sobre esas infracciones y su modo - de reprimirlas³³. Y no puede sino censurarse los preceden-- tes de los únicos Tribunales internacionales cuya existencia es fácil de constatar. El infame recuerdo de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, aún salvando su buen propósito, nos - prueba lo que nunca debe hacerse con el Derecho penal, esto es ponerlo a disposición de los poderosos, de los vencido-- res en este caso, sacrificando sin más cuantos axiomas sean precisos con tal de imponer la razón a la fuerza³⁴.

La hipotética (más bien utópica) existencia de Tri-- bunales internacionales, a buen seguro conllevaría el ejer-- cicio del ius puniendi en todos aquellos delitos de relevan-- cia internacional, que en la actualidad caen en el ámbito - de aplicación del principio de justicia universal.

D. INFRACCIONES PERSEGUIBLES.

a) En la doctrina.

Es posible advertir dos corrientes doctrinales en-

33 En el mismo sentido, ANTON ONECA, J., ob, cit, pág. 120.

34 Vid. sobre estos Tribunales, además de entre otras, las referencias con-- tenidas en JIMENEZ DE ASUA, L. Tratado, II, cit, págs. 1194 y ss., en - concreto págs. 1253 y ss., recogiendo numerosas opiniones favorables y desfavorables y su estudio "Criminales de guerra" en Revista de Derecho penal, Nº 1, 1946, Buenos Aires, págs. 161 y ss.; QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado, I, cit, págs. 404 y ss.; y FIERRO, G., ob, cit, págs. 49 y ss. la obra de AGUSTIN MARTINEZ, J. Los procesos penales de la postguerra. Documentos para la Historia Contemporánea). EPESA, Madrid, 1955, y el - libro de PASSIOUNI, M.CH. Derecho penal internacional, cit, págs. 84 y ss.

frentadas en el concreto tema de la determinación de las infracciones que deben incluirse en el ámbito de aplicación de este principio. Aunque existe unanimidad en cuanto a la inclusión de los delitos de trascendencia internacional previstos en Convenios o Tratados internacionales, la discrepancia surge, precisamente, cuando se limita exclusivamente a éstos, o se amplía el catálogo de infracciones abarcando otras de origen estatal o nacional. Denominamos criterio estricto a la corriente que únicamente es partidaria de tener en cuenta los delitos llamados comúnmente internacionales³⁵ en tanto que la que amplía este catálogo la tratamos bajo calificativo de criterio extenso.

a'.- Criterio estricto.

El más caracterizado representante de esta postura es, sin duda, QUINTANO RIPOLLES. No sólo porque restringe el marco de los delitos propios del foro cosmopolita a aquellos que "son atentatorios a los intereses comunes y no tan solo a los locales" cuya procedencia universalista -

³⁵ Esta expresión, inadecuada desde el prisma técnico-jurídico penal, y que es, sin embargo utilizada con naturalidad entre los internacionalistas, la empleamos por simple economía terminológica. Vid. sobre este tema, con un contenido más amplio al que cabe conceder al término en este contexto, entre otros, AGO, R. Le délit international en Recueil des COURS, nº 68, 1939, II, págs. 419 y ss.; MEDINA ORTEGA, M. Hacia una mera sistematización de las figuras penales internacionales, en ADPCP, 1964, págs. 29 y ss; y mucho más reciente el estudio de FERNANDEZ-PALACIOS GORDON, E. La distinción entre crímenes y delitos internacionales, en Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, nº 66, 1982, págs. 169 y ss.; y la obra de BASSIOUNI, M.CH. Derecho penal internacional, cit, págs. 53 y ss.

"ha sido decidida en acuerdos internacionales y no unilateralmente", sino porque es partidario de que la predeterminación de las infracciones a inculpar en esta vía "sea hecha con el mayor rigor y exactitud posible". A juicio del tratadista español es "inexcusable" además que su "catalogación responda a una identidad o semejanza de ordenamiento - en lo sustantivo, lo procesal y aún lo orgánico, para que con ello sea el principio garantía de uniformidad y no prenda de arbitrariedad e injusticia permanentes". Este procedimiento positivo y dogmático de "atenerse a los delitos previamente pactados en acuerdos internacionales es mucho más seguro, aunque forzosamente más reducido"³⁶.

Coincide con este criterio de "delimitación tipológica previa" FIERRO, por cuanto es "mucho más firme y conveniente" que otros también propuestos pero que, sin embargo, "adolecen de vaguedades"³⁷.

JESCHKE a pesar de no exigir expresamente que la definición y elaboración de estos delitos sea realizada por la propia comunidad internacional mediante convenios o tratados, nada parece impedir su posición partidaria de este sistema estricto, pues señala que el principio de justicia universal "sólo está justificado, nacional e internacionalmente, cuando el hecho se dirige contra bienes jurídicos de carác-

36 Tratado, II, cit, págs. 98 a 101.

37 Ob, cit, pág. 163.

ter supranacional en cuya protección existe un interés común a todos los Estados. Sólo en casos de este tipo -añadese trata de la solidaridad del mundo cultural frente al delito y de la lucha contra la criminalidad internacional peligrosa"³⁸. De esa misma idea son algunos otros autores³⁹.

Con esta previa determinación de los delitos a incluir en el principio de justicia universal, aparece un catálogo de infracciones delimitado por su afectación a los intereses de la comunidad internacional. Este catálogo, cerrado, se ampliaría como consecuencia de nuevas convenciones multilaterales. Podría aventurarse el favorecimiento de esta aplicación, trayendo a colación, las posibilidades ofrecidas por la mayor comunicación entre los Estados facilitadoras del desarrollo de la conciencia de solidaridad interestatal, y de modo más claro aún el efecto de la existencia de una, cada vez más notoria, delincuencia de trascendencia internacional. Favorecido todo ello además por la unificación de las legislaciones penales nacionales y la intensificación de las formas de entreayuda -

38 Tratado, I, cit, pág. 229.

39 Así, MANIOVANI, F., ob, cit, pág. 819; POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 477; SAUER, G., ob, cit, pág. 31; MERLE, R.J.-VITU, A., ob, cit, pág. 350.

judicial y policial internacional"⁴⁰ y ⁴¹.

b'.- Criterio extenso.

Las ideas de FERRI y FLORIAN basadas en la extrema --
gravedad del delito y en la gran peligrosidad de su autor (que --
rechazaba QUINTANO) encuentran una proyección matizada en los par--
tidarios de la ampliación de aquel catálogo. Aunque todos ellos --
convienen en estimar que la represión internacional ha de tener --
como principal objeto de atención los delitos de carácter interna--
cional antes referidos, -delicta iuris gentium-, entiende, no obs--
tante, que existen otras formas de criminalidad merecedoras tam--

40 En este mismo sentido ANTON ONECA expresaba la factible ampliación del catálogo de infracciones por las circunstancias favorables de la época, dada la importancia y facilidad del tráfico internacional y el correspondiente desarrollo de la criminal internacionalmente organizada". Ob, cit, pág. 119. Asimismo, CERREZO - MIR expresa su convicción en la ampliación de dicho catálogo "como consecuencia de la mayor comunicación entre los Estados, que facilita el desarrollo de una conciencia de solidaridad, la unificación de las legislaciones penales, la intensificación de la entreayuda judicial internacional (cooperación policial, extradición), así como la aparición de una delincuencia internacional". Ob, cit, págs. 207-208. De igual modo LANDROVE, G. Introducción, ob, cit, pág. 134 añadiendo que "la aplicación de este principio exige el establecimiento de mecanismos de cooperación entre los distintos países para asegurar un correcto suministro de los elementos probatorios".

41 No creemos, sin embargo, que la ampliación del ámbito de este principio vaya por la vía de acoger ciertas infracciones económicas como las fiscales, aunque la situación legal nacional sea insatisfactoria, como señala TIEDEMANN y no sin fundamento, haya sido "modificada ultimamente para zonas económicas como la comunidad europea mediante disposiciones especiales" y aun cuando una parte de la literatura moderna se muestre "partidaria de proteger los intereses de Estados extranjeros en el país mejor que lo hace la vigente situación legal". Vid. TIEDEMAN, K. Empresas multinacionales y delincuencia fiscal, en ADPCP, 1976, - págs. 494-495. Ello porque, incluso en un ámbito geográfico y político como el europeo occidental, según indica DEL MIGUEL ZARAGOZA es ciertamente un obstáculo "la difícil significación de los delitos económicos y la aceptación de lo que se ha llamado una competencia universal regional". Vid. DE MIGUEL ZARAGOZA, J. Nota sobre la incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal español, en Boletín del Ministerio de Justicia, nº 1310, de 5 de mayo de 1983, pág. 5.

bién de caer en el ámbito de aplicación de la represión internacional.

Así, MAURACH adiciona al principio de justicia universal aquellos delitos que "en atención a su forma de comisión... o a su carácter de vagabundeo internacional" devienen "igualmente peligrosos para todos los Estados"⁴².

Por su parte, JIMENEZ DE ASUA, incidiendo en la forma de comisión lo reserva también para delitos "que, preparados o iniciados en un territorio, se continúan en otro y hasta pueden consumarse en un tercero; delitos cuyos autores -- pueden ser individuos aislados o, más frecuentemente, malhechores cosmopolitas que disponen de grandes medios de acción"⁴³.

A nuestro juicio, no parece conveniente extender la competencia universal a otras infracciones, aunque sean graves, si carecen de ese carácter internacional, para la represión de las cuales existen medios o instrumentos internacionales distintos a éste. La limitación del principio de justicia universal a las infracciones de intereses comunes a todos los Estados cuyo origen se encuentra en Convenios o Tratados internacionales, nos parece adecuada y coherente con el significado que debe deducirse de la vigencia de este sistema de represión.

42 Tratado, cit, pág. 132.

43 Tratado, II, cit, pág. 767.

b) En el Derecho positivo.

Al margen de las diferencias inevitables que cada legislación penal nacional presenta, en éste como en los otros principios de aplicación espacial, puede, sin duda, verse -- acogida en cada una de ellas la posición estricta, reservando la aplicación de la justicia universal para concretas infracciones de bienes jurídicos cuya represión ha sido acordada internacionalmente⁴⁴.

Siendo como es imposible efectuar en este trabajo un excursus por el Derecho comparado, indagando la específica regulación a nivel estatal del repertorio de infracciones tradicionalmente comprendido en virtud de este principio, toda vez que las legislaciones nacionales presentan diferencias notables de determinación en este punto, nos limitamos a exponer algunas sucintas referencias y a transcribir algunas de las modalidades represivas de bienes jurídicos internacionales adoptadas por Estados de nuestro entorno, dejando el concreto análisis de los supuestos delictivos para la exposición que efectuaremos en su momento conforme a la reglamentación española.

44 Este aserto no es óbice para la represión en sede del principio en cuestión de delitos previstos en Tratados o Convenciones internacionales, cuya persecución internacional no estaba explícitamente determinada en dichas normas. Vid. en el mismo sentido referencia a OEHLEK en CEREZO MIR, J., ob, cit, pág. 207, nota 59 aludiendo a los delitos de trata de blancas, genocidio y tráfico de estupefacientes.

a'. - Alemania

El párrafo 6 del Código penal alemán, probablemente uno de los preceptos a nivel nacional que mejor describen la regulación del principio comentado -del cual, sin duda, procede el texto del vigente artículo 23.4 de la LOPJ de 1985 española-, procede individualizando algunas de las infracciones internacionales más características, para en el último de sus apartados utilizar una cláusula general mediante la cual puedan reprimirse por las leyes alemanas otras conductas que traigan su origen de Tratados internacionales. Su texto literal reza así: "Hechos en el extranjero contra bienes jurídicos internacionalmente protegidos. El Derecho penal alemán se aplicará, con independencia del derecho del lugar del hecho, a los siguientes hechos que se cometan en el extranjero: 1. Genocidio (220 a); 2. Crímenes de energía nuclear, explosivos y radiación, en los casos de los párrafos 310 b, 311 párrafo 1 a 3, 311 a párrafo 2 y 311 b; 3. Agresión al tráfico aéreo (316 c); 4. Favorecimiento de la prostitución, en los casos del par. 180 a, párrafos 3 a 5 y trata de personas (181); 5. Venta indebida de narcóticos; 6. Divulgación de escritos pornográficos en los casos del par. 184 párrafo 3; 7. Falsificación de monedas y valores, como también su preparación (146, 149, 151, 152); 8. Estafa de subvención (264); 9. Hechos que también se persiguen cuando se cometan en el extranjero, en virtud de un tratado internacional, obligante para la República Federal Alemana".

b'. - Austria.

El Código penal austriaco, con distinta sistemática, agrupa en el párrafo 64 (1), los diferentes supuestos delictivos

tivos cometidos en el extranjero a los que es de aplicación, con independencia de la consideración que los mismos tengan en el lugar de comisión. Resulta de ese precepto una acumulación de supuestos delictivos obedeciendo a distintos criterios de aplicación de la extraterritorialidad penal, poco clarificadora puesto que se incluyen, sin una ordenación coherente, el principio de protección de intereses estatales, el principio de justicia universal y el principio de la doble nacionalidad.

Por cuanto respecta al principio de justicia universal, con unas restricciones significativas y censurables, su regulación se contiene en los apartados 4,5 y 6 del meritado párrafo, siguiendo, como el alemán, la técnica de relacionar ciertas infracciones sin cerrar el catálogo de delitos a perseguir en sede de este principio.

Su texto dispone: "Según el Código penal austriaco se penan con independencia de la ley penal del lugar del hecho los siguientes hechos delictivos cometidos en el extranjero: 4. Secuestro (102); entrega de una persona a una potencia extranjera (103); trata de esclavos (104); trata de seres humanos (217); fabricación y expedición de moneda falsa (232); falsificación de valores especialmente protegidos, punibles según el párrafo 232 (237) y hechos delictivos según párrafo 6, párrafo 1 de la ley sobre estupefaciente de 1951, Código Civil nº 234, si a causa del hecho se han lesionado los intereses de Austria o si no es posible la extradición del autor del hecho. 5. Piratería aérea (185) y hechos delictivos cometidos a consecuencia de ésta contra la vida e

integridad física o contra la libertad de las personas, así como poner en peligro la seguridad de la aviación (186), si: a) el hecho delictivo está dirigido contra un avión austriaco, b) el avión aterriza en Austria y el autor del hecho se encuentra todavía a bordo, c) se ha alquilado el avión sin personal a persona que tenga su domicilio social o, en caso de no tenerlo, su residencia, en Austria, o d) el autor del hecho se encuentra en Austria y no es posible la extradición. 6. Otros hechos delictivos a cuya persecución judicial Austria esté obligada, aunque se hayan cometido en el extranjero e independientemente de la ley penal del lugar del hecho".

c'.- Italia.

El artículo 7, apartado 5 del Código penal italiano responde también a diversas exigencias y no exclusivamente a la regulación del principio de justicia universal. En cualquier caso, la técnica empleada es absolutamente diferente a la de los Códigos precitados, por cuanto se limita a establecer una disposición general, abierta a la aplicación de la ley penal italiana cuando así lo dispongan Convenciones internacionales suscritas por el Estado italiano. Su tenor literal señala: "Cualquier otro delito para el cual disposiciones de la ley o convenciones internacionales establezcan la aplicabilidad de la ley penal italiana".

d'.- Portugal.

El moderno Código penal portugués aprobado por el Decreto-Ley 400/82 de 23 de septiembre, opta por el modelo austriaco, regulando en un mismo artículo, el 5º, los delitos

cometidos fuera del territorio portugués a los que es de aplicación. Así, resultan agrupados supuestos que obedecen al -- principio de protección de intereses, principio de personalidad activa y pasiva y principio de justicia universal, con -- una sistemática indiferenciada del Código penal austriaco, aun-- que sin las censuras que éste merece por su concreta determinación.

Empleando una doble técnica, describir algunas de -- las infracciones y dejar abierto el catálogo de éstas mediante una cláusula general, el nuevo código penal portugués regula el principio de justicia universal del siguiente modo:

"5.1. La ley penal portuguesa, es asimismo aplicable, salvo tratado o convención en contrario: b) A los hechos realizados fuera del territorio portugués, en los casos en que el -- agente sea encontrado dentro de Portugal y no pueda ser extraditado, cuando constituyan los crímenes previstos en los artículos 161º a 163º (esclavitud, rapto y rapto de menores), 186º a 188º (crímenes contra la paz y la humanidad: concretamente los delitos de incitación a la guerra, reclutamiento de fuerzas armadas y mercenarios), 189.1º (genocidio), 192º (destrucción de monumentos culturales e históricos) y 217º -- (trata de personas)". "5.2 La ley penal portuguesa es asimismo aplicable a cualesquiera actos cometidos fuera del territorio nacional que el Estado portugués también se halle obligado a juzgar por tratado o convenio internacional"⁴⁵.

⁴⁵ En referencia al principio cosmopolita, ilustra BASSIOUNI sobre la actual política de los Estados Unidos, que sigue el criterio de considerar delitos internacionales aquellos incluidos en los tratados multilaterales. -- Vid. BASSIOUNI, M.CH. Diritto penale degli Stati Uniti D'America. Traducción al italiano de L. de CATALDO NEUBURGER en colaboración con el autor. Dott. A. GIUFREÉ Editore. Milano 1985, pág. 8.

E. VALORACION DE SU EFICACIA.

Puede reiterarse aquí el cuestionamiento efectuado a la concepción absoluta del principio de universalidad y, en particular, a la necesidad que este sistema demanda de una mayor homogeneidad de la legislación penal y una mayor igualdad de civilización, por cuanto la realidad de la aplicación universal del principio relativo comentado ha de encontrarse, bien que en pequeña escala, con los mismos defectos e inconvenientes que aquél.

La ausencia de homogeneidad de los derechos penales nacionales requiere previamente "una uniformidad valorativa frente al catálogo de hechos que serían objeto de represión universal"⁴⁶, o lo que es igual, que se complete "con la exigencia de que las infracciones perseguidas lo sean también a la vista del Derecho local"⁴⁷.

La desigualdad de civilización, por el contrario, no puede corregirse desde el ángulo que nosotros abordamos, rebasando, obviamente, las pautas del Derecho penal.

Pero, si las objeciones formuladas a la extraterritorialidad absoluta son reproducibles sin discusión en este punto, y a las mismas nos remitimos, es cierto asimismo que objeciones particulares y puntuales pueden y deben hacerse -

46 Expresión de FIERRO, G., ob, cit, pág. 162.

47 Así, LANDROVE, G. Introducción, cit, pág. 134.

sobre la vigencia de este criterio complementario.

Desde luego la extensión del mismo en la medida en que la delincuencia se internacionaliza puede conducir a un defensismo riguroso lleno de "consecuencias indeseables desde la perspectiva de la seguridad jurídica", por lo que es "deseable una adopción muy controlado y limitada de la idea de la justicia penal universal"⁴⁸. Más aún, si se tienen en cuenta los argumentos poderosos que hacen compleja y difícil la correcta represión internacional. Nos referimos, claro es, a las dificultades prácticas, casi insuperables, para determinar la responsabilidad penal a cientos de kilómetros del lugar en que se ha producido el delito. ¿Cómo puede -se preguntaba ANTON ONECA- reunir las pruebas y juzgar con acierto el magistrado del lugar donde no se ha cometido el delito, donde el reo es extranjero, donde también es extranjero y está ausente la víctima?"⁴⁹.

Frente a esta problemática singular (pero que en parte es extrapolable a la vigencia de los restantes criterios de extraterritorialidad penal), debe convenirse en la limitación del repertorio de supuestos protegibles y asimismo en la oportunidad de restringir la aplicación del principio de justicia universal cuando existan posibilidades de utilizar otros ins

48 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.J., ob, cit, pág. 196.

49 Ob, cit, pág. 119.

trumentos de colaboración interestatales, que depuren con mejores garantías la responsabilidad del sujeto.

Ello es lo que con buen criterio hacen ciertos Estados, reservando la aplicación de su ley penal únicamente para aquellos casos en que no es posible la efectiva aplicación de la ley del lugar de comisión (v.g. Códigos penales alemán, italiano o portugués transcritos líneas antes). Aunque, no puede, sin embargo, aceptarse el procedimiento de protección de estos intereses mundiales adoptado v.g. por el citado Código austriaco, supeditando la aplicación de sus normas a la lesión de concretos intereses estatales austriacos, (parágrafos 64.4 y 64.5). Parece operar con una extraña restricción mezcla del principio de protección de intereses estatales, - en delitos de pro genie absolutamente universal.

Acertada es, sin embargo, la limitación a la vigencia del iudex deprehensionis cuando no es posible la extradición del delincuente prevista en los artículos 5.1.b) del Código penal portugués y 202.5., 240.3. y 245.1f) del Código penal suizo.

IV. CONSIDERACIONES CRITICAS. NUESTRA POSTURA.

Hemos de reconocer lo que de valioso tiene el principio de universalidad. Esto es, ser manifestación de los lucha in

ternacional contra aquella delincuencia que afecta a intereses de la comunidad internacional, en tanto en cuanto estos intereses son reconocidos por todos los Estados o la mayoría de ellos. En efecto, es digno de destacar cuanto representa en este sentido, tanto la determinación de infracciones a nivel mundial, como la instrumentación de fórmulas permitiendo la efectiva represión de las mismas. Sin embargo, no debe pasarnos desapercibido que ese encomiable propósito se encuentra sometido a numerosos inconvenientes materiales y dificultades prácticas, siendo necesario en consecuencia, no sólo limitar adecuadamente su ámbito, sino también tomar en consideración la ausencia de uniformidad que depara el distinto grado de desarrollo y civilización de los Estados que componen la comunidad internacional.

Debe acotarse, "prima facie" a nuestro juicio, a aquellos delitos que deriven de Convenios o Tratados multilaterales y cuyo reconocimiento esté tipificado en las correspondientes legislaciones nacionales. Deben eliminarse las dificultades prácticas que surgen en su aplicación, mediante la utilización de instrumentos internacionales de ayuda entre los Estados. Debe, por último, no extremarse la solidaridad internacional intentando cada Estado juzgar indiscriminadamente la delincuencia internacional, a costa de sacrificar las garantías esenciales del Derecho penal civilizado.

Todo ello en tanto la desigualdad a todos los niveles -- (político, social, económico, jurídico...) no desaparezca -- entre los Estados. Por eso mismo, en tanto sea perfectamente apreciable una absoluta desigualdad de civilización y legislación, no debe ponderarse esta regla de extraterritorialidad como panacea o virtud universal. Lo contrario es engañoso y en absoluto beneficia a la comunidad internacional.

A nuestro modo de ver lo que debe prevalecer, sentada la disposición de la comunidad internacional a impedir la impunidad de las infracciones de intereses comunes a todos los Estado, -finalidad última que todos aceptamos y compartimos-, es asegurar la represión de las mismas salvaguardando todas las garantías inherentes al Derecho penal civilizado; algo que, no necesariamente, se producirá debido a la distinta configuración de la realidad sustantiva y procesal de las legislaciones nacionales.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO VII

PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Este principio que nosotros denominamos con COBO Y VIVES principio de justicia supletoria¹, recibe también otros diversos nombres, sobre todo en la literatura alemana. Algunos de ellos ajustados a su sentido, tales como el de MAURACH -- principio de la suplente administración penal de justicia"², el de JESCHECHK "principio de la administración de justicia penal subsidiaria"³, el de SAUER "principio de la subsidiariedad"⁴ o el de MIR PUIG principio de la justicia sustitutoria"⁵. Otros, por el contrario, poco exactos, como los de -- WELZEL⁶ o STRATENWERTH "principio de la administración de -- justicia penal por representación"⁷, o MANZINI "teoría de la universalidad del derecho de punir"⁸.

1 Ob, cit, pág. 196.

2 Tratado, cit, pág. 133.

3 Tratado, I, cit, pág. 229.

4 Ob, cit, pág. 33.

5 Vid. Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de -- Código penal de 1980, en la Reforma penal y penitenciaria. Santiago -- de Compostela, 1980, pág. 495. Por su parte POLAINO NAVARRETE, M., lo nombra como "principio de la Justicia penal sustitutoria" o de "la administración de Justicia penal sustitutoria o supletoria", ob, cit, -- págs. 520-521.

6 Ob, cit, pág. 47.

7 Ob, cit, pág. 43.

8 Tratado, I, cit, pág. 523.

Sin duda, debe concebirse como el criterio subsidiario -- por excelencia en tanto que viene a cubrir o colmar las lagunas represivas que se producen en la realidad punitiva por la aplicación de los otros criterios, de territorialidad y extraterritorialidad expuestos. De modo contrario a aquellos otros cuatro sistemas, éste no aparece conectado ni a la soberanía territorial, ni a la nacionalidad del sujeto activo o bien jurídico protegido, ni a la protección de intereses internacionales, pues se limita a suplir las deficiencias derivadas de la vigencia de obstáculos insalvables para la represión. Su única conexión es su mismo fundamento, o lo que es igual, evitar la impunidad, cuando por los impedimentos u obstáculos que surgen en el Derecho nacional, no es posible o no se exige, la aplicación de la ley penal ni por las autoridades del lugar de comisión, ni por las de la nacionalidad del sujeto activo, ni por las de la nacionalidad del bien jurídico ofendido.

II. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, para JESCHECK este principio que sirve de complemento al poder punitivo de los Estados, tiene sentido "cuando el poder punitivo extranjero en sí competente de acuerdo con el principio de territorialidad no puede actuar porque el inculpaado ha sido

detenido en otro país y, por razones fácticas o jurídicas no puede concederse la extradición"⁹.

Estimamos nosotros en esta misma línea la ausencia de inconvenientes en determinar como absolutamente subsidiario es te principio en aquellos casos en que no sea posible conceder la extradición al país de la nacionalidad, basándonos -- para ello en la propia significación e importancia que se -- concede al sistema de personalidad activa.

En un sentido más específico, POLAINO NAVARRETE le asigna el "importante papel de colmar una laguna punitiva, que hipotéticamente puede surgir de la básica situación de reconocimiento del derecho de asilo a quienes principalmente por razones políticas se refugian en otro país". Aun cuando "prima facie" destaca dicho autor ese cometido de marcada naturaleza política -y buena prueba de ello es que expone este criterio en el mismo epígrafe destinado al asilo- lo cierto es que estima, con carácter más general, de aplicación el mismo "precisamente en defecto de la normal operatividad de todos los principios ordinarios determinantes de la vigencia espacial de la ley penal, añadiendo que sirve para atender debidamente las pretensiones punitivas que corresponden a los supuestos que, al no ser subsumibles en aquéllos, gozarían automática-

⁹ Tratado, I, cit, pág. 229.

mente de absoluta impunidad"¹⁰.

De cualquier forma, su sentido culmina con la aplicación de la ley penal del Estado en el que se encuentra el sujeto, supliendo la ley del iudex deprehensionis a cualquier otra ley extranjera, toda vez que el juez del país actúa "en lugar del juez extranjero, pero a pesar de ello ejerce el poder punitivo del propio Estado"¹¹.

III. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA.

A. GENESIS HISTORICA.

El origen de este sistema se sitúa por MANZINI en la "promissione del Maleficio" del Dux Jacopo Tíépole en 1232, siendo -dice el autor italiano- igualmente defendida por JULIO CLARO¹². Es lo cierto, sin embargo, que su fortuna, tanto a nivel doctrinal como legislativo ha sido bien parca, y no se halla referencia histórica que la avale.

Su reconocimiento aparece plasmado en el Código penal alemán (ya en el antiguo párrafo 4, párrafo 2 número 3) en el actual párrafo 7, párrafo II, número 2 que establece: "Para otros hechos cometidos en el extranjero es válido el Derecho penal alemán cuando el hecho esté amenazado con pena

10 Ob, cit, págs. 520-521.

11 JESCHECK, H.H. Tratado, I, cit, pág. 229.

12 Tratado, I, cit, pág. 521.

en el lugar del hecho o el lugar del hecho no esté sometido a poder penal alguno y si el autor: 2. era extranjero al -- tiempo del hecho, se encuentre en el interior y no sea ex-- traditado, aunque conforme a la clase de hecho la ley de ex-- tradición permita su extradición, porque no se efectúe el pe-- dido o se niegue, o la extradición no sea practicable"¹³.

Asímismo, en el párrafo 65 (1), párrafo 2 del Código penal austriaco que dice: para los hechos delictivos cometidos en el extranjero, no mencionados en los párrafos 63 y 64, el Código penal austriaco es válido, si estos hechos se conminan con pena también en las leyes del lugar del hecho -- ... 2. si el autor del hecho era extranjero en el momento -- del hecho, detenido en el país y si no es posible la extradi-- ción por una razón que no sea debida al tipo y carácter del hecho delictivo".

Ambos preceptos transcritos, constituyen los únicos an-- tecedentes positivos puros del principio de justicia supleto-- ria, ya que otras regulaciones aunque poseen similares pre-- tensiones, son inespecíficas o incompletas, como las del ar-- tículo 10 del Código penal de la URSS (artículos 73 y 101), y del Código penal de Hungría (artículo 5)¹⁴.

¹³ Usamos la traducción de Eugenio R. ZAFFARONI y Ernst J. RIEGGER, pu-- blicada en Revista Argentina de Ciencias Penales, nº 4 de 1976 (Sept-- Dic.).

¹⁴ FIERRO, Ob, cit, pág. 190.

Por último, a nivel internacional se hallan basadas en este criterio la Convención Europea para el castigo de infracciones de preceptos penales relativos al tráfico automovilístico de 1964 y la European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters de 1972¹⁵.

B. FUNDAMENTO.

La única legitimación convincente capaz de justificar la extensión del poder punitivo de un Estado en estos supuestos en los que tiene en su poder al delincuente, radicaría en una razón solidaria, la de evitar la impunidad del delito cometido en el extranjero, colmando así "las inevitables lagunas que surgen en el Derecho penal internacional"¹⁶, cuando el sujeto se refugia en país distinto del de comisión y/o nacionalidad, o incluso cuando el sujeto ha cometido el delito en "lugares no sometidos a ninguna ley penal"¹⁷.

Con ello se impediría burlar el ejercicio del ius puniendi -dice POLAINO- "pues la legalidad no puede fundamentarse en la cobertura de la ilicitud, y para evitar este tan inadmisibles resultado se hace preciso arbitrar soluciones -- subsidiarias de aplicación de las legislaciones penales"¹⁸.

15 JESCHECK, H.H. Tratado, I, cit, pág. 230.

16 JESCHECK, H.H. Tratado, I, cit, pág. 230. De igual modo POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 522.

17 MIR PUIG, S. Observación a los Títulos preliminar y primero, cit, pág. 495.

18 POLAINO NAVARRETE, M., ob, cit, pág. 521.

Estas lagunas, que, pueden producirse ante un hecho -- cometido en el extranjero por un extranjero, no siendo posible, por la índole del delito, aplicar el principio real ni el universal por el país donde ha sido detenido, cuando fuese o no posible la extradición, pero el sujeto no hubiere sido entregado a las autoridades competentes "por razones jurídicas o de hecho"¹⁹, fundamentan la aplicación de este criterio supletorio a fin de no destruir la máxima grociana del "aut dedere aut punire"²⁰.

A nuestro juicio, no obstante, este criterio puede adoptarse desde dos ángulos antitéticos, con la misma pretensión final. Por un lado parece comprensible apoyar su vigencia en razones solidarias entre Estados, dando satisfacción a las necesidades represivas de un hecho cometido en territorio extranjero cuando el Estado legitimado no le es posible ejercitar su poder punitivo, o en aquellos casos en los cuales no hay Estado legitimado por haberse cometido la infracción en territorio no sujeto a ninguna ley penal (Antártida, Polo -- Norte, Alta mar, Espacio libre del aire y espacio sideral).

Sin embargo, por otro lado, la vigencia del principio de justicia supletoria puede aparecer fundamentada por una --

19 STRATENWERTH, G., ob, cit, pág. 43.

20 MAURACH, R. ejemplifica el siguiente caso: Tras el asesinato de un mejicano cometido en los Estados Unidos, el autor, un súbdito británico, huye a Alemania. Los Estados Unidos (o, en otro caso, el Estado legitimado) no presentan una solicitud de extradición. En este caso cabe castigar al autor por el derecho alemán". Tratado, cit, pág. 133. JESCHECK -- expone el supuesto de un refugiado político condenado en el país que le da asilo por un delito común que había cometido en su país de origen. -- Tratado, I, cit, págs. 229-230.

idea hegemónica, convirtiendo el Estado donde se encuentra - el sujeto, en una especie de guardián del orden jurídico-penal exterior, al aplicar sus propias leyes contra infracciones que no afectan en absoluto a sus intereses ni a intereses de la comunidad internacional.

En ambos casos, ciertamente, el resultado es el mismo, reprimir la infracción haciendo realidad el aforismo grociano.

C. ELEMENTOS DECISIVOS.

Con independencia de las condiciones que son de aplicación prácticamente en todos los criterios de extraterritorialidad ya comentados, esto es, la incriminación en el lugar del hecho, la presencia del reo en el territorio, el reconocimiento de la posible jurisdicción penal ya ejercida, - etc., destacan en éste como elemento decisivo la imposibilidad derivada de obstáculos de naturaleza procesal²¹.

En efecto, la razón esencial sobre la que opera este - criterio se halla en la imposibilidad de extraditar al sujeto por causas provenientes, ora de la no solicitud del Esta-

21 En el Derecho alemán, v.g. las causas de extradición contenidas en los parágrafos 2 y 3 de la DAG, a saber: "la falta de petición de extradición por parte del Estado extranjero; el rechazo por el funcionario alemán competente de una petición de este tipo y la imposibilidad material de la ejecución (porque el afectado, por ejemplo, no es recibido por el Estado extranjero a pesar de haberse concedido la extradición)". Cita de JESCHECK, H.H. Tratado, I, cit, págs. 235-236.

do competente, ora de la no entrega del sujeto por disponerlo así las leyes del Estado en el que se encuentre. Al lado de esa razón ha de colocarse, también, la derivada de la ausencia de un poder punitivo legitimado para aplicarse en los delitos cometidos en territorios no sujetos a ningún poder estatal.

D. VALORACION DE SU EFICACIA.

La idea de colmar las lagunas que en todo ordenamiento jurídico se producen con la aplicación de los restantes sistemas, es valorada positivamente en tanto forma de eliminar la impunidad. Así, en nuestra doctrina, es posible constatar una línea favorable a la adopción del mismo en el derecho positivo. En primer término, cabe citar la opinión de CORDOBA RODA en pro de la suplente administración de justicia, resultando que por su inexistencia en nuestro derecho "puedan producirse lagunas en todos aquellos supuestos de extraterritorialidad (delito cometido fuera de España), no comprendidos en ninguna de las tres excepciones, antes expuestas (derivadas de los principios personal, real y universal), del Principio territorial. Así -dice- no podrá ser castigado por los tribunales españoles el extranjero que se encuentre en España y haya cometido un delito en el extranjero (aunque lo sea

contra español). Si el Estado legitimado para el castigo no solicita la extradición, el súbdito extranjero pasará su -impunidad por el territorio español"²².

Suscribiendo la postura señalada, COBO Y VIVES afirman que "tan intolerable laguna, unida a la ventaja que, en el -terreno de las garantías, representa la exigencia de la do--ble incriminación, inherente al principio de Justicia suple--toria, aconsejarían de iure condendo la adopción del mismo -en el ordenamiento jurídico español, e, incluso su proclama--ción en términos que permitieren prescindir del criterio de -la ubicuidad en la determinación del fuero, así como de pro--clamaciones exorbitantes del principio personal"²³.

En esta línea, tanto BUSTOS²⁴, como MUÑOZ CONDE consi--deran exigible un "precepto similar al parágrafo 7 StGB que acoja expresamente el principio de la justicia penal subsi--diaria, cuando el delincuente no sea susceptible de extradi--ción o ésta no haya sido solicitada a ningún poder punitivo (Alta Mar, Polo Norte, Antártida, espacio sideral)"^{25 y 26}.

22 CORDOBA RODA, J. Notas al Tratado de MAURACH, cit, págs. 132-133, n. 22.

23 Ob, cit, pág. 196.

24 Ob, cit, pág. 107.

25 MUÑOZ CONDE, F. en Adiciones al Tratado de JESCHECK, I., cit, pág. 247.

26 Por su parte, MIR PUIG, S. Observación de los Títulos preliminar y prime--ro, págs. 495-496, propone los siguientes requisitos para que este prin--cipio cumpla sus objetivos: "1. Que el hecho se halle previsto como deli--to en el país de comisión o se haya cometido en un lugar no sometido a ningún poder punitivo. 2. Que el sujeto sea español, extranjero que hu--biera adquirido la nacionalidad española con posterioridad al delito, o persona no extraditable o cuya extradición no se solicite, pese, en ambos casos, a tratarse de una clase de delito que la permitiría. 3. Que el de--lincente se encuentre en territorio español. 4. Que el mismo no haya si--do absuelto en el extranjero o, caso de haber sido condenado, no se haya extinguido su responsabilidad. Si hubiere cumplido parte de la pena, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que, en otro caso, le correspondería".

También POLAINO NAVARRETE se muestra partidario de este sistema, argumentando: "Habida cuenta de que la unilateral regulación del derecho de asilo, sin correlativa previsión de alternativa penal supletoria, no obstante su trascendente significación, puede llegar a ser vehículo de evidente impunidad y de patente injusticia, la ausencia de toda consideración positiva en nuestro Ordenamiento jurídico de la Justicia penal sustitutoria constituye una de las más lamentables lagunas de nuestro sistema penal y constitucional". Por ello, concluye, esta ausencia "contradice ostensiblemente la ratio esencial de aquella irrenunciable institución (se refiere al asilo) en el Estado social y democrático de derecho"²⁷.

Su conveniencia es, sin embargo, rechazada con diversos argumentos por CEREZO MIR, por cuanto considera que con este principio la extensión del ámbito de aplicación de la ley española devendría excesiva, "pues la aplicación de la pena en estos casos por los tribunales españoles carece de justificación". A su juicio, en estos casos "la pena podrá ser justa, pero no es necesaria, desde el punto de vista de la prevención general y puede no serlo o estar contraindicada desde el punto de vista en la prevención especial (delin--

²⁷ Ob, cit, pág. 522.

cuentas ocasionales, o extranjeros desarraigados en nuestro país, con los que no cabe hacer una eficaz tarea de readaptación social)". Asimismo, aduce "las dificultades de tipo práctico para juzgar en España un delito cometido en el extranjero, o en lugar no sometido a la soberanía de un Estado, por un extranjero y contra un extranjero serían además, considerables"²⁸.

Tampoco es partidario de esta teoría FIERRO advirtiéndole que "los conflictos que pueden presentarse con los requerimientos de extradición formulados por parte de los países -- efectivamente afectados por la infracción, pueden ser serios. Para solucionarlos, se tiende a establecer que la aplicación de la ley penal en estas hipótesis es siempre supletoria y condicionada a que el Estado afectado no haya ejercido su propio derecho"²⁹.

IV. CONSIDERACIONES CRITICAS. NUESTRA POSTURA.

Coincidimos con las ideas expuestas por diversos autores españoles, mostrando la conveniencia de dar solución satisfactoria a la represión de determinadas infracciones que, por

28 Ob. cit., 1ª ed., pág. 245, nota 47. No aparece ya, sin embargo, en la 3ª edición la refutación de este autor al meritado principio.

29 Ob. cit., págs. 188-189.

obstáculos procesales, principalmente, no pueden ser sometidas al enjuiciamiento del Estado en el que se han cometido. Parece en principio, convincente la idea determinante de ejercitar la justicia supletoria para evitar la impunidad.

Si a esta finalidad no se llega con la pretensión hegemónica de extender indiscriminadamente la aplicación de la ley penal estatal, sino únicamente con la colmar ciertas lagunas del sistema represivo, perfectamente tasadas, nada puede objetarse a dicho sistema. Más bien debe aceptarse como inestimable criterio supletorio o subsidiario de la justicia penal territorial.

Pero, el abogar en pro de este criterio ha de hacerse consecuentemente. Es decir, enmarcando su admisión en límites estrictos como requieren COBO Y VIVES³⁰, y valorando su vigencia, sin olvidar las objeciones formuladas al precitado sistema.

Siendo consecuentes con su significado y sentido la vigencia del principio de justicia supletoria resulta inexplicable, o al menos cuestionable en buena medida. Argüir la aplicación de un sistema estatal absolutamente indiferente respecto de la actividad delictiva, por el simple hecho de encontrarse el delincuente en su territorio y existir obstácu-

30 Ob, cit, pág. 196, nota 22.

los procesales que impidan su entrega al Estado legitimado para juzgarle, a nuestro modo de ver carece de justificación y presenta todos los inconvenientes acertadamente descritos por CEREZO y FIERRO, aún cuando éstos no sean exclusivos del principio en cuestión sino extrapolables a todos los criterios de extraterritorialidad penal. No obstante, la refutación principal se mantiene y agrava en este caso, por el hecho de no poder conectar la vigencia del principio de justicia supletoria con específicos y particulares intereses estatales a proteger, o con obligaciones internacionalmente asumidas, puesto que el Estado ejerce aquí su poder punitivo -- por razones menos evidentes, aunque puedan estimarse encomiables por su finalidad.

Y es que poner el énfasis en la represión, sin tener en cuenta las desventajas o inconvenientes originados por ésta, no parece un argumento válido, y menos aún si el origen se halla en obstáculos procesales emanados del propio sistema jurídico del Estado.

No consideramos por tanto consecuente aplicar este sistema extraterritorial cuando no sea posible efectuar la extradición, ya porque lo impida la legislación interna, ya porque no se requiera la entrega del sujeto por el Estado legitimado para hacerlo. Carece de sentido aplicar a un súbdito extranjero, cuya infracción cometida en el extranjero no ha --

afectado absolutamente ningún interés estatal o internacio--
nal, por estrictas razones procesales o adjetivas. Parece más
razonable sustituir estos obstáculos por otras vías, obviando
esta sujeción, fortuita, a las leyes penales de un Estado ca
rente de legitimación. Con mayor justificación si no se re--
quiere la extradición por el Estado legitimado, obviando así
el contrasentido, y la imagen simbólica que depararía el Es--
tado extranjero convertido en "celoso guardián" de las conduct
as delictivas cometidas en cualquier parte del universo.

Por el contrario, es preferible la vigencia de un tal ---
principio en ciertos supuestos, contraídos por su relación -
con el Estado que habría de ejercitar la ley penal e, inclu--
so en aquellos delitos cometidos en territorios no sujetos a
ningún poder punitivo, aunque, en este último supuesto, de--
pendiendo de la naturaleza del delito, con mayor y mejor de--
recho debería ser de aplicación el ordenamiento penal esta--
tal de alguna manera afectado, v.g. por la nacionalidad del
sujeto activo y/o pasivo del delito.

En definitiva, a nuestro modo de ver, el principio de jus
ticia supletoria podría quedar delimitado por su aplicación,
por un lado, a los sujetos extranjeros en el momento de la co
misión del delito que, con posterioridad, adquieren la nacion
alidad del Estado donde se hallan, al devenir imposible su
extradición por el principio de la no entrega del nacional.

Con ello, además de encajar estos supuestos en un criterio, con mejor propiedad, se evitará distorsionar el fundamento básico del principio de personalidad. Por otro lado, para su aplicación a los delitos cometidos por extranjeros en el extranjero contra nacionales del país donde se halla el sujeto (ejemplo antes citado de CORDOBA RODA), en defecto de la vigencia en el Derecho nacional del principio de personalidad pasivo o de protección de intereses individuales, y cuando no se solicite la extradición o ésta no se pueda conceder, - teniendo como tiene en este caso el Estado un interés legítimo por la nacionalidad del sujeto pasivo del delito.