

ITALIA*

Emanuela Fronza

1 • Introducción

En Italia, la mayoría de los hechos que pueden considerarse como crímenes internacionales se concentran en el período de la ocupación nazi en Italia y de la Repubblica Sociale Italiana. A grandes rasgos, es posible diferenciar tres grandes etapas en cuanto a la persecución penal, en Italia, de la criminalidad nazi-fascista.

La primera etapa comienza a partir del armisticio Badoglio, en 1943, y puede considerarse finalizada con la amnistía de 1946. Esta etapa se caracteriza por una política de persecución penal *diferenciada* según la nacionalidad de los autores de los crímenes, es decir, alemana o italiana. Los ciudadanos alemanes, en cuanto miembros de una potencia ocupante, fueron juzgados por los tribunales militares por crímenes de guerra en aplicación del Código Penal Militar de Guerra de 1941 (CPMG); los ciudadanos italianos, en cambio, fueron juzgados primero por tribunales especiales y posteriormente por la justicia ordinaria, por el delito de *colaboracionismo* establecido en el artículo 5 del decreto 159/44.¹

* Traducción de Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires).

¹ Para el texto del decreto presidencial véase el suplemento de la *Gazzetta Ufficiale* (Boletín oficial), serie especial del 29 de julio 1944 (n.º 41). Esta norma introdujo el tipo de "colaboracionismo" que sancionaba, según las disposiciones del Código Penal Militar de Guerra, a quien, luego del 8 de septiembre de 1943, cometía delitos contra la fidelidad y la defensa militar del Estado (se refiere, evidentemente, al —legítimo— Estado del Sur y no a la República de Salò) a través de cualquier forma de entendimiento o *colaboración* con el invasor alemán. Sobre las normas del CPMG aplicables cf. Giuliano Vassalli: "La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione", en Giuliano Vassalli y Gabriele Sabatini: *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma: La Giustizia Penale, 1947, pp. 75-98.

La segunda etapa comienza con el decreto de amnistía del 22 de junio de 1946, conocida como *amnistía Togliatti*.² También este decreto trata de modo diferente la criminalidad nazi de la criminalidad fascista. En efecto, la amnistía sólo operaba respecto de crímenes cometidos por ciudadanos italianos. Se trataba, por lo demás, de una amnistía condicionada, esto es, que sólo operaba si se cumplían determinados requisitos, especialmente, que el autor no hubiera cometido “sevicias particularmente crueles”. Este decreto de amnistía y la interpretación que de él hizo la Corte de Casación, de composición netamente fascista, que en los hechos prácticamente anuló las condiciones que obstaban a la operatividad de la amnistía, llevaron a un freno casi total de los procesos contra ciudadanos italianos por el delito de colaboracionismo. La posición de la Corte de Casación, contraria a perseguir a los *colaboracionistas* italianos, ya se había mostrado antes del decreto de amnistía a través de la anulación de muchos procesos que habían comenzado por el delito de colaboracionismo. A raíz de la amnistía, por lo tanto, sólo unos pocos procesos por el delito de colaboracionismo, que no cumplían las “condiciones” previstas en el decreto, pudieron seguir adelante. También continuaron los procesos contra los ciudadanos alemanes en virtud del CPMG. Sin embargo, en 1960 el procurador militar decidió el archivo provisorio de estos procesos, recurriendo a un instituto *ad hoc* que no estaba previsto en la legislación procesal. A partir de allí, también la persecución penal de los crímenes cometidos por alemanes quedó truncada.

Esta situación perduró hasta 1994, cuando, a raíz de las investigaciones llevadas a cabo en el proceso *Priebke*, el procurador intelisano descubrió centenares de los expedientes que habían sido previamente “archivados” dentro de un armario en el Palazzo Cesi, sede de la Procuración Militar de Roma. El descubrimiento del *armario de la vergüenza*³ tuvo el efecto de reactivar varios procesos por crímenes de guerra cometidos por alemanes durante la época de ocupación.⁴ Con esto comienza la tercera etapa mencionada.

² Palmiro Togliatti fue secretario del Partido Comunista y en ese momento era ministro de Gracia y Justicia en el gobierno de Parri.

³ Esta expresión ha sido acuñada por los periodistas y también dio el título al libro de Franco Giustolisi: *L'armadio della vergogna*, Roma: Nutrimenti, 2004.

⁴ Sobre el punto y sobre los trabajos de la *comisión mixta* (7 de noviembre de 1994 - 26 de mayo de 1995) instituida para efectuar un análisis del material encontrado e identificar las medidas a adoptar, cf. *Relazione di minoranza*, o. cit., pp. 343-362.

EMANUELA FRONZA

Las breves consideraciones efectuadas acerca de la persecución, en Italia, de la criminalidad nazi-fascista explica el relativamente escaso número de decisiones jurisprudenciales sobre hechos que pueden caracterizarse como crímenes internacionales. De la jurisprudencia existente respecto de ese período me concentraré en algunas decisiones dadas en los procesos *Kappler* y *Priebke*, en donde se abordan, principalmente, las problemáticas de la orden del superior, de la imprescriptibilidad y también —aunque en menor medida— de la legalidad penal.

Fuera de la criminalidad nazi-fascista, me referiré a algunas otras pocas decisiones de interés para la presente investigación. Muy brevemente me ocuparé de los casos *Suárez Mason* y *Acosta*, en los que se califica como genocidio a los crímenes cometidos por la dictadura militar argentina. Con mayor detalle me ocuparé, en cambio, de los casos de los *Hinchas del Varese* y *Cuccullo*, sobre apología de genocidio, del proceso *Daki*, sobre la configurabilidad de actos de terrorismo en tiempos de guerra, y del caso *Jelusic*, sobre la ejecución, en Italia, de la pena privativa de libertad pronunciada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

2. Genocidio y apología de genocidio

El genocidio es el único crimen internacional previsto en el derecho interno y ha sido introducido por la ley 962 de 1967,⁵ luego de la ratificación, por Italia, de la Convención internacional para la Prevención y Sanción del Genocidio, de 1948.

En cuanto a la jurisprudencia, existen cuatro decisiones relacionadas, en algún sentido, con este tema. Por un lado, las decisiones de la Corte de Casación en el caso de los *Hinchas del Varese*, de 1985, y especialmente de la Corte de Apelaciones de Milán en el caso *Cuccullo*, del 2001 sobre apología de genocidio. Por otro lado, las decisiones de la Corte *di Assise* de Roma en los casos *Suárez Mason* y *otros*, de 1998, y

⁵ Con esta ley, Italia ha cumplido con la obligación de implementación prevista en el artículo 5 de la Convención sobre el Genocidio. Sobre el delito de genocidio en el derecho italiano cf. Stefano Canestrari: "Genocidio", en *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, vol. XV; Giovanni Grasso: "Genocidio", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. V, Turín: Utet, 1991, pp. 399 s.; Natalino Ronzitti: "Genocidio", en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1968, vol. XVIII, p. 586; Mario Pisani: "La penetrazione del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano", en *Indice Penale*, 1984, pp. 433 ss.

Acosta y otros, del 2007, relacionadas con delitos cometidos por miembros de la dictadura militar argentina en perjuicio de ciudadanos italianos. En los dos casos recién mencionados se afirma que los crímenes cometidos por la dictadura militar argentina entre 1976 y 1983 constituyen un *genocidio*.⁶ Pero esta referencia no asume valor más que desde un punto de vista histórico y, quizás, simbólico, pues ninguna de estas decisiones aplica las disposiciones sobre genocidio de la ley 962, sino las normas comunes sobre homicidio previstas en el Código Penal. Dado que en estas decisiones no se encuentra ninguna consideración de relieve sobre la interpretación del crimen de genocidio, basta la mención recién efectuada.

En lo siguiente me ocuparé con mayor detenimiento de las decisiones indicadas sobre apología de genocidio. Aunque la atención estará centrada principalmente en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Milán en el caso *Cuccullo*,⁷ a través de su examen también me referiré a la decisión de la Corte de Casación del año 1985.⁸ Estas decisiones contienen algunas indicaciones interesantes sobre la anticipación de la tutela penal del bien jurídico del genocidio, que actualmente pueden revestir interés en vista de la inclusión, en el Estatuto de Roma, de la figura de incitación al genocidio.

El caso examinado por la Corte de Apelaciones de Milán era el siguiente: Cuccullo, un alcalde del partido político Movimento Sociale Italiano, había pronunciado durante una reunión las siguientes palabras: “Hitler ha sido la persona más inteligente del mundo [...] Pero los alemanes, a pesar de ser seres superiores, se han equivocado. A los judíos debían freírlos a todos”. Estas declaraciones fueron luego publicadas por el semanario *Sette* del *Corriere della Sera* por un periodista que estaba presente en dicha reunión. Tanto el alcalde como el periodista fueron procesados por apología de genocidio (artículo 8 de la ley 962/67) y apología de fascismo (artículo 4, apartados II y III, de la ley 645/52).⁹

⁶ Cf. la decisión del 6 de abril 2000 de la Corte de Assise de Roma en el caso *Suárez Mason*: “[...] entre el 1976 y el 1983 se consumó, por obra de una dictadura militar, la tragedia más brutal de la historia argentina, que se concretó en un verdadero y propio genocidio”. La sentencia puede consultarse en la página web: www.studiperlapace.it. Una afirmación casi idéntica se encuentra en la sentencia del 14 de marzo de 2007 de la Corte de Assise de Roma en el caso *Acosta*, que en la página 61 dice: “[...] se puede, por lo tanto, afirmar con certeza que en los años de la dictadura se ha realizado el más trágico genocidio de la historia argentina”. Esta sentencia puede consultarse en la página web www.24marzo.it.

⁷ El resumen de la sentencia con un comentario de Emanuela Fronza se encuentra en *Cassazione Penale*, marzo 2003, pp. 277- 285.

⁸ El texto de la decisión puede consultarse en *Foro Italiano*, 1986, II, p. 19, con un comentario de Giovanni Fiandaca.

⁹ Normas de actuación de la duodécima disposición transitoria y final (apartado primero) de la Constitución. Al respecto, cf. Carlo Fiore: *I reati di opinione*, Padua: Cedam, 1972, pp. 80-82.

EMANUELA FRONZA

La Corte de Apelaciones de Milán absolvió a los imputados por inexistencia del hecho.¹⁰ Para la solución del caso recurrió a la teoría de la *instigación indirecta* sostenida primeramente por parte de la doctrina¹¹ y luego también por la Corte Constitucional en la sentencia interpretativa número 65, del 4 de mayo de 1970, sobre apología de delitos (en general).¹² Al adoptar esta posición, la Corte de Apelaciones se apartó de la sentencia ya señalada de la Corte de Casación, del 29 de marzo de 1985, referida específicamente a la apología de genocidio.

Antes de referirme a los argumentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones de Milán, es necesario exponer la posición sostenida por la Corte de Casación en su decisión de 1985. La propia Corte de Apelaciones comienza su argumentación con el análisis crítico de la sentencia de la Corte de Casación. La referencia era necesaria, por un lado, porque ése era el único caso de apología de genocidio que hasta el momento había sido resuelto por un tribunal italiano. Por el otro, porque la Corte de Apelaciones pretendía apartarse de la solución de la Corte de Casación esbozada específicamente respecto del delito de apología de genocidio, para plegarse a la opinión consolidada en materia de apología en general.

Para la Corte de Casación, las “características especiales” del delito de genocidio, al cual hacen referencia las conductas apologéticas, justificarían apartarse de la tesis de la *instigación indirecta* sostenida, ampliamente, por doctrina y jurisprudencia

¹⁰ La absolución se refirió a ambos delitos (apología de genocidio y apología de fascismo) basándose en las mismas argumentaciones teóricas. En este trabajo, para simplificar, hablaré únicamente de apología de genocidio.

¹¹ Cf. Vincenzo Manzini: *Trattato di diritto penale*, IV, Turín: Utet, 1950, p. 305; Francesco Antolisei: *Manuale di diritto penale*, vol. II, Milán: Giuffrè, 1991, p. 233; Pietro Nuvoione: *I reati della stampa*, Milán: Giuffrè, p. 1951. En contra de la reconstrucción de la apología como instigación indirecta cf. Vito Mormando: *L'istigazione: i problema generali Della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padua: Cedam, 1995, pp. 38 ss.

¹² La sentencia puede consultarse en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970, p. 933; en la misma dirección cf. la sentencia de la Corte Constitucional n.º 108, del 23 de abril de 1974, en *Foro Italiano*, 1970, I, p. 1545. Para un comentario sobre la definición de la apología de delito como instigación indirecta cf. Carlo Fiore: “Liberata manifestazione del pensiero”, en *Archivio Penale*, 1971, II, pp. 15 ss.; Giovanni Bognetti: “Apologia di delitto punibile a’ sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell’articolo 414, comma ult. c.p.”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1971, pp. 18 ss.; Arturo Carlo Jemolo: “Lo Stato può difendersi”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970, p. 957; Paolo Cerase: “Sull’apologia e i reati di pericolo la Cassazione fa un salto indietro”, en *Cassazione Penale*, 1993, p. 1715; Valerio Onida: “Intorno all’apologia di reato”, en *Foro Italiano*, 1965, II, p. 5; Pietro Nuvoione: “Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell’ordinamento”, en *Legge Penale e libertà di pensiero. Atti del Convegno di Bressanone*, 1965, pp. 363 ss.; Alessandro Gamberini: “I ‘pensieri leciti’ della Corte Costituzionale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1973, p. 161. Sobre la jurisprudencia que, a consecuencia de la sentencia de la Corte Constitucional n.º 65, de 1970, interpreta la apología de delito como un delito de peligro concreto cf., entre otras, Corte de Casación (sala I) del 15 de junio de 2001, n.º 26 907, en *Rivista Penale*, 2001, p. 820; Corte de Casación (sala I) del 1 de noviembre de 1997, n.º 11 578, en *Cassazione Penale*, 1998, p. 2932. Para un análisis acerca de la interpretación de la citada sentencia de la Corte Constitucional por la Corte de Casación cf. Gustavo Zagrebelsky: *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale*, Franco Bricola y Gustavo Zagrebelsky (dirs.), Turín: Utet, 1984, pp. 449 ss.

respecto de la apología en general. Tal línea interpretativa, excepcional, se fundaría, según la Corte de Casación, en la “intolerable deshumanidad” y en el “odioso culto de la intolerancia racial” inherentes a la apología de un delito tan grave como el genocidio. Desde esta perspectiva, la apología de genocidio constituiría un delito de mera actividad, y el recurso a la sanción penal estaría justificado también en ausencia del peligro de “generar un contagio improbable” de propósitos genocidas. Con esto, la Corte de Casación dejaba de lado el requisito del peligro concreto como presupuesto necesario para que una conducta apologética pueda considerarse admisible conforme el artículo 21 de la Constitución (libertad de expresión), exigido por la Corte Constitucional en la decisión ya mencionada. La Corte de Casación arribaba a tal conclusión tras considerar los “resultados prácticos” a los que conduciría la exigencia de verificación de un peligro, pues, en su opinión, la apología de genocidio sería, en la mayor parte de los casos, un “delito imposible o que podría verificarse solamente en particulares contingencias histórico-políticas”. Como es evidente de esta breve reseña, y como ya ha sido señalado en doctrina, la sentencia de la Corte de Casación de 1985 se caracteriza por su rigorismo represivo.¹³

La decisión de la Corte de Apelaciones de Milán, al abandonar esta línea jurisprudencial, representa un giro positivo en cuanto a la interpretación del delito de apología de genocidio.

Como he adelantado, la decisión de la Corte de Apelaciones se basa en la teoría de la *instigación indirecta*, desarrollada por la doctrina y avalada por la Corte Constitucional en la ya mencionada sentencia n.º 65 de 1970, en la que estableció los requisitos necesarios para que el delito de apología (en general) sea conforme a la Carta Constitucional. La “apología punible es sólo aquella que, por sus modalidades, integra un comportamiento *concretamente idóneo* a provocar la reiteración de la conducta exaltada”,¹⁴ afirma la Corte de Apelaciones retomando, casi literalmente, las palabras de la misma Corte Constitucional.¹⁵ De tal modo —continúa la Corte de

¹³ Giovanni Fiandaca, anotación a la decisión de la Corte de Casación del 29 de marzo de 1985, cit., p. 20.

¹⁴ Cursivas añadidas. Como se verá enseguida, además del requisito de la idoneidad en concreto, la Corte Constitucional exige que la apología esté dirigida intencionalmente a provocar la comisión de futuros delitos.

¹⁵ En esta importante decisión la Corte Constitucional afirmó: “[...] la apología punible en el sentido del artículo 414 apartado 3 CP no consiste en [...] la pura y simple manifestación del pensamiento, sino aquella que por sus modalidades integra un comportamiento concretamente idóneo a provocar la comisión de delitos”. Con tal argumentación la Corte declaraba infundada la cuestión de ilegitimidad constitucional de la disposición citada. Esta posición ha sido confirmada por la Corte Constitucional en otras decisiones como, por ejemplo, la sentencia 108/74 sobre instigación al odio entre clases sociales, la sentencia 15/73 sobre manifestaciones sediciosas y, en fin, la sentencia 199/72 sobre la difusión de noticias falsas, tendenciosas y exageradas.

EMANUELA FRONZA

Milán—, la apología sería una forma de instigación indirecta caracterizada por el hecho de que “en ella, la inducción a la comisión de un determinado hecho se realiza a través de la exaltación de un hecho análogo”. La consecuencia inmediata de tal interpretación es la de convertir la figura de la apología —reconstruida de otra forma como delito de peligro abstracto— en un delito de peligro concreto. Así, para que el tipo en estudio asuma relevancia penal es necesario verificar la idoneidad, en el contexto de una manifestación apologética —en el caso, de genocidio y de fascismo—, a inducir a la comisión de un hecho de tal género. Por lo tanto, “no existe apología de genocidio cuando las palabras expresadas carezcan de los requisitos de idoneidad necesarios para integrar el delito *de quo*. Esto se verifica cuando puede excluirse su idoneidad a surtir efectos, incluso indirectos, de instigación, teniendo en cuenta el contexto histórico, político y social del país”.

En el caso concreto la Corte consideró que el mensaje antisemita era “inidóneo a representar un peligro concreto para la realización de conductas que el ordenamiento desaprueba y sanciona penalmente”,¹⁶ entre otras cosas, teniendo en cuenta que la “abrumadora mayoría es refractaria a recibir un mensaje antisemita”. Tal interpretación es presentada por la Corte de Apelaciones como la “única interpretación posible” a la luz del artículo 21 de la Constitución (libertad de expresión). En opinión de la Corte de Apelaciones ésta sería, por otra parte, la única posibilidad de adecuación a las obligaciones de tutela emergentes de la Convención internacional para la Prevención y Sanción del Genocidio (introducida en Italia con la ley 962/67),¹⁷ pues en la adecuación del derecho interno al derecho internacional no podrían derogarse los “vínculos impuestos por la Constitución”.

Aunque deba saludarse el abandono de la rigurosa posición de la Corte de Casación, la solución de la Corte de Apelaciones no está libre de objeciones. Si bien la tesis de la instigación indirecta reduce el ámbito de punibilidad de la apología —y la acerca a la lesión del bien jurídico—, esta solución no ataca, a mi juicio, el centro del problema. Si la punición de la manifestación de un pensamiento (ésta es la esencia de la punición del delito de apología) está en conflicto con el principio de la libertad de

¹⁶ A una conclusión análoga se llega respecto al delito de fascismo, que para ser punible debe consistir en una exaltación sugestiva capaz de determinar el resultado de la reconstitución del disuelto Partido Fascista.

¹⁷ Que exista una obligación internacional de implementar en el ámbito interno el delito de apología de genocidio es más bien dudoso. La Convención internacional para la Prevención y Sanción del Genocidio establece el deber de incriminar la incitación pública a cometer genocidio, pero la mera apología de genocidio va más allá de una incitación pública. En efecto, la ley 962 de 1967 ha incorporado todas las figuras previstas en los artículos II y III de la Convención sobre el Genocidio y, además, yendo más allá de las obligaciones de la Convención, ha incorporado otras figuras como la apología de genocidio.

expresión previsto en el artículo 21 de la Constitución, la solución correcta es la derogación de la norma en cuestión.

3. El terrorismo y su relación con los crímenes internacionales

La jurisprudencia italiana se ha ocupado recientemente de la distinción entre actos de terrorismo y crímenes de guerra en el caso en que la conducta en cuestión es cometida en el ámbito de conflictos bélicos. Tal cuestión era relevante para la determinación del derecho aplicable, esto es, si regían las normas del CP en materia de terrorismo o aquellas del derecho internacional humanitario. Esta problemática ha sido afrontada en diversas decisiones dictadas en el caso *Daki*, en el cual se investigaban diversas actividades de apoyo logístico a organizaciones paramilitares empeñadas contra el ataque estadounidense a Iraq en marzo del 2003. Las decisiones a las que hago referencia son las del Tribunal de Milán —juez de la audiencia preliminar— del 24 de enero de 2005, de la Corte de Apelaciones de Milán del 28 de noviembre de 2005 y de la sala I de la Corte de Casación del 17 de enero de 2007.¹⁸ Aunque tales decisiones examinan la relación de los actos de terrorismo con los crímenes de guerra

¹⁸ La sentencia de la Corte de Casación ha sido publicada en *Foro Italiano*, 2007, II, pp. 77 s. Para una síntesis y una visión crítica de la decisión del Tribunal de Milán del 24 de enero 2005 cf. Claudio Prezioso: *Lo "jus in bello" come limite alla categoria del terrorismo internazionale*, *Critica del Diritto*, 2005, Annata 1, en particular, pp. 110 s. Debe señalarse, por otra parte, que estas decisiones fueron dictadas en un momento en que la normativa sobre el terrorismo se encontraba en evolución: el decreto ley n.º 144, del 27 de julio de 2005, convertido luego en ley n.º 155, del 31 de julio de 2005, ha introducido los tipos de "alstamiento con finalidad de terrorismo también internacional" (artículo 270 quater CP) y "entrenamiento de actividades con finalidad de terrorismo" (artículo 270 quinquies CP). Esta reforma también introduce por primera vez una definición de las "conductas con finalidad de terrorismo" (artículo 270 sexies CP) y prevé, en fin, una nueva causa específica de expulsión administrativa basada en exigencias de prevención del terrorismo interno e internacional, de competencia del ministro del Interior. La solución del legislador italiano parte de la decisión marco n.º 2002/475/GAI. Al respecto, véase Tullio Padovani: "Art. 15: Nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo. D. l. 27.7.2005 n. 44-Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale", en *Legislazione penale*, 2005, pp. 557 ss. Sobre la definición de terrorismo en Italia véase Alessandro Gamberini: *Gli strumenti penali di contrasto al terrorismo internazionale: alcuni interrogativi sulla tecnica e sull'oggetto di tutela della nuova fattispecie di cui all'articolo 270 bis c.p.*, *Critica del diritto*, 2004, 1-3, pp. 69-76; Alessandro Gamberini, *Profili di diritto penale sostanziale dell'azione di contrasto del terrorismo*, 2006, conferencia ante el Consejo Superior de la Magistratura; Marco Mantovani: "Brevi note in materia di terrorismo internazionale", en *Giurisprudenza di Merito*, 2005, XXXVII, 6, p. 1370; Claudio Prezioso: op. cit., pp. 105-121.

EMANUELA FRONZA

en modo marginal —reducida, en sustancia, al aspecto de la configurabilidad de un acto terrorista en tiempos de guerra—, ellas contienen, sin embargo, algunos puntos de interés.

En la decisión de primera instancia del Tribunal de Milán —juez de la audiencia preliminar— del 24 de enero de 2005 se efectúa una discutible distinción entre guerrilla y terrorismo. El tribunal afirma que, en particular en contextos bélicos, habría que distinguir entre *actividad de guerrilla*, la cual es definida como “violencia puesta en práctica por formaciones clandestinas e irregulares en el ámbito de contextos armados —civiles o internacionales— según la disciplina del *ius belli*” y dirigida exclusivamente contra objetivos militares, y *actividad de terrorismo*, que se caracteriza por el hecho de que la conducta “también en contextos bélicos” ataca “sin diferenciación, objetivos militares y civiles” con el fin de sembrar el terror entre la población. El “aspecto diferenciador” sería, por lo tanto, “el objetivo tenido en mira”.

También la decisión de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Milán del 28 de noviembre de 2005 procura identificar “las características esenciales que un acto debe tener para ser definido jurídicamente como terrorista”. Para la Corte, la distinción entre tiempos de paz y tiempos de guerra sirve para la identificación del acto terrorista, pues en tiempos de guerra sólo podrían ser calificadas como terroristas las conductas dirigidas *exclusivamente* contra la población civil. Desde esta óptica, el ataque suicida contra objetivos militares no es considerado como acto terrorista.

Finalmente, debe mencionarse la sentencia de la Sala penal I de la Corte de Casación del 17 de enero de 2007, que también examina el aspecto de la configurabilidad de actos terroristas en tiempos de guerra. La Corte de Casación afirma que es necesario “diferenciar el régimen jurídico en relación con la identidad de los sujetos activos y de las víctimas, en el sentido de que debe aplicarse la normativa del derecho internacional humanitario o bien la común, según que los hechos sean realizados por sujetos dotados de la calificación de combatientes y sean dirigidos contra civiles o contra personas no empeñadas activamente en las hostilidades. De esto se sigue que, según cambien estos requisitos de los sujetos, los actos de terrorismo pueden encuadrarse en la categoría de crímenes de guerra o bien en la de crímenes contra la humanidad”. Esta decisión, por otra parte, recurre a la Convención internacional sobre el Financiamiento del Terrorismo, de 1999, a fin de integrar el artículo 270 *sexies* CP, norma que define las conductas con finalidad de terrorismo.

Sin embargo, como ha sido indicado, tales consideraciones de la jurisprudencia no resultan demasiado claras para una coherente delimitación entre las categorías y ámbitos jurídicos señalados.¹⁹

4. Cumplimiento de órdenes de superiores

En cuanto al cumplimiento de órdenes superiores son muy interesantes algunas decisiones referidas a dos procesos que, aunque distanciados 40 años, conciernen al mismo hecho y llegan a conclusiones opuestas, específicamente en cuanto a la identificación del requisito de la ilegitimidad manifiesta como elemento que obsta a la operatividad de la eximente. Me refiero a los procesos *Kappler* y *Priebke*. En cuanto al primero es interesante la decisión del Tribunal Militar de Roma del 20 de julio de 1948.²⁰ Respecto del segundo, las decisiones del Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997²¹ y de la Corte Militar de Apelaciones de Roma del 7 de marzo 1998.²²

Los hechos en que se basan estas decisiones eran los siguientes. Con el fin de vengarse de la muerte de 32 soldados alemanes ocurrida tras la explosión de una bomba lanzada en marzo de 1944 por un grupo de partisanos italianos en via Rasella, Roma, Kappler, teniente coronel de las *Schutzstaffeln* alemanas, y Priebke, oficial de grado inferior, recibieron la orden de fusilar dentro de las 24 horas siguientes a un

¹⁹ Alessandro Gamberini y Claudio Prezioso: "La capacità espansiva della definizione di terrorismo, fra violenza in tempo di guerra ed atti eversivi", en curso de publicación en *Foro Italiano*.

²⁰ La sentencia puede consultarse en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1949, p. 216, con comentario de Roberto Ago. Sobre el caso Kappler, además del comentario de Ago, véase Enrico Amati: "L'esimente dell'ordine del superiore", en *Indice Penale*, 2001, p. 943, y Michele Pierdonati: "Il dubbio sul fatto processuale e sulla norma penale nel caso Kappler", en Enrico Mezzetti (dir.) *Diritto penale internazionale*, Turín: Giappichelli, 2006, pp. 19-49.

²¹ El texto de la sentencia se encuentra en *Cassazione Penale*, 1998, p. 668.

²² La sentencia puede consultarse en *Indice Penale* 1999, pp. 959 s. Sobre el caso Priebke, véase Alessandra Cacchiarelli: "Considerazioni di sintesi sul caso Priebke", en *Indice Penale*, 1999, pp. 1019 s.; Pasquale Bartolo: "Il caso Priebke e la sentenza della Corte Militare di appello di Roma (una condanna all'ergastolo che deve far riflettere sull'efficacia 'soggettiva' del giudicato penale e sull'ambito di operatività dei commi 3 e 4 dell'articolo 51 c.p.)", en *Indice Penale*, 1999, pp. 1037 s.; Sergio Moccia: "Una sentenza politica", en *Critica del diritto*, 1996, pp. 341 s.; Massimo Starita: "La questione della prescristibilità dei crimini contro l'umanità: in margine al caso Priebke", en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1998, pp. 86 s.; Domenico Maltese: "La 'rappresaglia' delle Cave Ardeatine", en *Foro Italiano*, 1999, II, pp. 591 s.; Domenico Maltese: "Considerazioni sull'attentato di via Rasella", en *Foro Italiano*, 1999, II, pp. 429 s.; Walter Leszl: *Priebke. Anatomia di un processo*, Roma: Editori Riuniti, 1997, especialmente pp. 175 ss., 190 ss.; Véase también Michele Battini y Paolo Pezzino: *Guerra ai civili. Occupazione tedesca e politica del massacro. Toscana 1944, Venecia 1944*, Venecia: Saggi Marsilio, 1997, p. 254, nota 1, y A. Portelli: *L'ordine è già stato eseguito. Roma, le Fosse Ardeatine, la memoria.*, Roma: Donzelli, 2001.

EMANUELA FRONZA

número de ciudadanos italianos diez veces superior al de los alemanes muertos en el atentado. La orden fue cumplida y los hechos son conocidos como la *masacre de las Fosas Adreatinas*. Sin embargo, el número de ciudadanos italianos asesinados fue mayor que el ordenado; en efecto, los muertos ascendieron a 335, en lugar de los 320 que habrían ocurrido si se hubiera seguido estrictamente la orden de asesinar “diez italianos por cada alemán”.

Las decisiones mencionadas también se basan en el mismo derecho. Tanto *Kappler* como *Priebke* fueron juzgados por homicidio, como delito contra las leyes y los usos de la guerra, según el artículo 185 del CPMG,²³ que, de acuerdo con el artículo 13 del mismo Código, también se aplica a los miembros de las fuerzas enemigas como eran las SS nazistas. Y en ambos casos también se discutía sobre la operatividad de la eximente de la actuación en cumplimiento de una orden del superior prevista en el artículo 40 del Código Penal Militar de Paz (CPMP) —de aplicación también en tiempos de guerra—. Si bien a la época de la decisión del caso *Priebke* el artículo 40 CPMP había sido derogado —fue derogado por la ley n.º 382, de 11 de julio de 1978— y regía —como ahora—, también respecto del derecho penal militar, el artículo 51 del CP, el artículo 40 CPMP seguía siendo aplicable por ser la ley del momento del hecho. Según esta disposición, en caso de actuación en cumplimiento de una orden del superior, responde sólo quien ha dado la orden, salvo que se trate de una orden manifiestamente ilegítima, caso en el cual responden tanto el superior como el ejecutor de la orden.

Como he anticipado, las decisiones en los procesos *Kappler* y *Priebke* llegan a soluciones diferentes acerca de cuál es el criterio para considerar a la orden manifiestamente ilegítima y, por lo tanto, para que no opere la eximente del cumplimiento de la orden del superior.

En el caso *Kappler*, el Tribunal Militar de Roma trató separadamente la muerte de las primeras 320 personas de las 15 muertes en exceso de la orden. En cuanto

²³ El artículo 185 del CPMG sanciona los actos de violencia realizados por causas ajenas a la guerra, sin necesidad o sin motivo justificado, por militares italianos contra personas civiles del Estado enemigo o bien por habitantes de los territorios ocupados contra militares italianos. Este tipo penal, en virtud del principio de especialidad, ha sido considerado aplicable en lugar del tipo normal de homicidio. Sobre esta disposición y sobre la falta de adecuación de la legislación italiana respecto al derecho de Ginebra cf. el capítulo sobre los delitos militares en David Brunelli y Gabriele Mazzi: *Diritto penale militare*, Milán: Giuffrè, 2007. En la acusación tanto de *Kappler* como de *Priebke* —aunque con ciertas variaciones— se parte del presupuesto de la existencia de un estado de guerra entre Italia y la Alemania ocupante, con la consecuente aplicabilidad de la Convención de La Haya de 1907 sobre la situación de ocupación bélica.

conciene a estas últimas, Kappler fue condenado. Por la muerte de las otras 320, en cambio, fue absuelto en virtud de haber actuado en cumplimiento de una orden. El 25 de octubre de 1952 el Tribunal Supremo Militar confirmó la sentencia de primera instancia y la decisión devino irrevocable cuando las Salas Unidas de la Corte de Casación declararon inadmisibile el recurso interpuesto por Kappler referido a los hechos por los que había sido condenado.

En lo que concierne a la orden del superior es especialmente interesante la decisión del Tribunal Militar de Roma. Esta decisión, que reconoció la aplicabilidad de la eximente en caso de crímenes internacionales, analizó especialmente el requisito de la manifiesta ilegitimidad de la orden. Para la comprobación de este requisito el Tribunal puso el acento sobre el autor: no es suficiente con que la orden haya sido objetivamente ilegítima, sino que, además, el autor debía conocer esto. Entonces, para determinar si la orden es manifiestamente ilegítima es necesario probar que el autor haya ejecutado la orden *conociendo* su ilegitimidad. El Tribunal finalmente expresó que ciertas circunstancias le hacían dudar sobre el conocimiento de Kappler acerca de la ilegitimidad de la orden:

[...] la ciega obediencia que el imputado se había formado prestando servicio en una organización con una rigidísima disciplina, el hecho de que órdenes con el mismo contenido habían sido ejecutadas precedentemente en las varias zonas de operaciones, la circunstancia de que una orden del Jefe de Estado y Comandante Supremo de los Fuerzas Armadas, por la gran fuerza moral que tenía, no puede no disminuir, especialmente en un militar, aquella libertad de juicio necesaria para una exacta valoración, son elementos que llevan al Colegio a considerar que no puede afirmarse con seguridad que Kappler haya tenido conocimiento y voluntad de obedecer a una orden ilegítima.

Todos estos datos objetivos han llevado a los jueces a afirmar la existencia de la eximente basada en un error sobre el contexto en el que actuaba. En efecto, la visión deformada de la realidad de parte de Kappler provocó una distorsión de sus facultades de representación, hasta el punto de determinar una cierta dificultad para percibir realmente el desvalor del hecho. El Tribunal se encontró, así, en una situación de incertidumbre sobre el conocimiento de la manifiesta criminalidad de la orden y, recurriendo a la regla del *in dubio pro reo*, absolvió al imputado.²⁴

²⁴ Más profundamente sobre este aspecto, Michele Pierdonati: o. cit., pp. 41-48.

EMANUELA FRONZA

El segundo caso relevante respecto de la orden del superior es el caso *Priebke*. La decisión del Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997 adopta un criterio diferente al utilizado en *Kappler* para determinar si la orden era manifiestamente ilegítima. En efecto, el Tribunal sostiene básicamente un criterio objetivo. Así, una “orden es manifiestamente criminal cuando el tipo medio de persona es capaz de advertir su desvalor penal”. El Tribunal afirma, sin embargo, que este criterio objetivo debe ser complementado por dos consideraciones subjetivas. La primera es que cuando el autor conoce la criminalidad de la orden, aunque no fuera manifiesta, puede prescindirse de una valoración objetiva. La segunda es que no en todos los casos puede prescindirse de la valoración que el inferior, en relación con las particularidades operativas del servicio, pueda efectuar de los diversos elementos de hecho de los cuales depende la constatación de la criminalidad de la orden.

También la Corte Militar de Apelaciones de Roma, en su decisión del 7 de marzo de 1998, rechaza el criterio subjetivo seguido en *Kappler* y adopta un criterio objetivo para determinar la manifiesta criminalidad de la orden. Merece la pena destacar que para fundamentar su decisión la Corte de Apelaciones recurrió al derecho internacional. Así, consideró que las órdenes para cometer tales delitos violaban abiertamente el “derecho internacional vigente” y los “principios elementales de humanidad”. La manifiesta criminalidad de los actos y de las órdenes a cometer dichos actos serían perceptibles a todos, pues:

[...] la dimensión de la juridicidad [...] supone criterios de valoración capaces de imponerse a todos los seres humanos que tengan ciertas características y con una personalidad no afectada por particulares patologías. En efecto, si un grupo de individuos, por motivos y con modalidades que la historia ha esclarecido sólo en parte, decide modificar los parámetros de referencia de la juridicidad como consecuencia del cambio ocurrido de los imperativos de la moral y de los cánones de la convivencia de los hombres, la tarea del derecho es la de oponerse a tales operaciones, bajo pena de su misma negación, esto es, la derrota de los valores para la tutela de los cuales vive y es aplicado.²⁵

El derecho penal es llamado aquí a una “prueba de resistencia”, de cuyo resultado depende la verificación de aquella capacidad de “orientación” de los comportamientos que le es exigida.

²⁵ Cf. Corte Militar de Apelaciones, 7 de marzo de 1998, cit., p. 975.

Por lo tanto, la Corte Militar de Apelaciones identificó una vinculación entre la naturaleza de los crímenes de guerra cometidos por Priebke y el concepto de manifiesta criminalidad de la orden.

5 • Imprescriptibilidad

Las decisiones del Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997²⁶ y de la Corte Militar de Apelaciones de Roma del 7 de marzo de 1998 en el caso *Priebke* también abordan la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra —en el caso a Priebke se le atribuía el delito de homicidio (delito contra las leyes y usos de la guerra), artículo 185 del CPMG.

El Tribunal Militar de Roma negó la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y también la posibilidad de lograr tal consecuencia a través de calificar a los hechos como crímenes de lesa humanidad, categoría dentro de la cual incluyó al genocidio, pues a ello se opondría el principio de legalidad penal. Al hacer esto, el Tribunal dejó en claro que el principio irretroactividad de la ley penal también rige en el juzgamiento de crímenes internacionales. Merece la pena citar un pasaje de esta decisión:

Aquello atribuido a Priebke, en efecto, al menos formalmente, es un crimen de guerra y no puede ser calificado como “crimen contra la humanidad” al solo fin de hacerlo imprescriptible: esto está impedido por el hecho de que el delito de “genocidio” ha entrado en nuestro ordenamiento jurídico sólo desde 1967 y el principio de irretroactividad de la ley penal representa un principio fundamental de la civilidad jurídica contemporánea, además que de la Carta Constitucional de la República Italiana.

La Corte Militar de Apelaciones reconoció, en cambio, la imprescriptibilidad del delito atribuido a Priebke. Para ello recurrió, principalmente, a argumentos provenientes del derecho nacional, pero también, para reforzar sus conclusiones, al dere-

²⁶ El texto se encuentra en *Cassazione Penale*, 1998, p. 668.

EMANUELA FRONZA

cho internacional. El argumento principal de la Corte se basa en una interpretación *a contrario* del artículo 157 CP, norma que establece los diferentes tiempos de prescripción de los delitos según el monto de pena conminado en la ley. Dado que el artículo 157 no hace referencia a los delitos sancionados con pena de reclusión a perpetuidad, el Tribunal deriva de ahí que ellos son imprescriptibles. Para la Corte, no sólo son imprescriptibles los delitos que la ley conmina siempre con pena de reclusión perpetua, sino también aquellos, como era en el caso en análisis, en que esta sanción se aplica únicamente si concurren ciertas circunstancias agravantes. En el caso, las circunstancias agravantes de la aplicación de sevicias y crueldad contra las personas y de la premeditación eran las que convertían la pena de reclusión temporal en reclusión perpetua (artículo 577, números 3 y 4, en relación con el artículo 61, número 4, CP).

Aunque para la Corte ya es suficiente este argumento basado en el derecho nacional, también recurre al derecho internacional en apoyo de esta conclusión (“sostén interpretativo”). Es preciso mencionar que el Ministerio Público había sostenido que los crímenes atribuidos a *Priebke* eran crímenes de lesa humanidad y por ende imprescriptibles. La Corte consideró que la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad, afirmada en la Convención internacional de 1968, tiene “carácter de *jus cogens*” y que dicha Convención podía aplicarse al caso bajo examen sin lesionar el principio de irretroactividad de la ley penal. De manera curiosa, la Corte consideró que este principio no se vulneraba, porque:

[...] en 1968, el delito imputado no estaba prescrito a causa de la interrupción de la prescripción operada con la sentencia pronunciada el 25 de octubre de 1952 por el Tribunal Supremo Militar contra Kappler, efecto valedero “para todos los que han cometido el delito”, según el artículo 161, apartado 1, CP.

Según esta concepción, entonces, toda extensión del tiempo de la prescripción o una declaración de imprescriptibilidad *ex post facto* sería admisible siempre que ella interviniera en un momento en el cual el delito aún no estaba prescrito, ¡y esto es precisamente una ley penal *ex post facto*! Pero volvamos a la argumentación de la Corte. Como último punto en sostén de la imprescriptibilidad, la Corte recurrió al artículo 10.1 de la Constitución, que establece que el ordenamiento jurídico italiano debe conformarse a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas.

6. Ejecución de condenas de tribunales penales internacionales

En el caso *Jelusic* se han planteado algunas interesantes cuestiones en relación con la ejecución, en Italia, de sentencias de condena impuestas por tribunales internacionales.

Con base en el acuerdo celebrado entre Italia y la ONU relativo a la ejecución de sentencias del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), del 6 febrero de 1997 (convertido en ley número 207, de 7 de junio de 1999), a Italia se le solicitó la cooperación para la ejecución de la pena de cuarenta años de privación de la libertad impuesta por el TPIY a Goran Jelusic.²⁷ De acuerdo con la normativa procesal interna es necesario, antes de proceder a dicha ejecución, que la autoridad nacional competente —la Corte de Apelaciones de Roma— reconozca la sentencia extranjera y determine la pena a ejecutar. En el caso en examen, se planteó el problema de si podía ejecutarse en Italia la condena a cuarenta años de privación de la libertad impuesta por el TPIY, dado que la ley italiana de implementación del Estatuto del TPIY (ley 120, del 14 de febrero de 1994) establece que la pena a ejecutarse en Italia no puede superar los treinta años de reclusión.

La Corte de Apelaciones de Roma, en su decisión del 31 de enero de 2002,²⁸ reconoció la sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY y, en consecuencia, aceptó que pudiese ser cumplida en Italia la pena de cuarenta años de privación de la libertad, aun cuando esta última excedía el límite máximo de treinta años de reclusión previsto por la legislación nacional antes indicada. Esta decisión fue impugnada por la Defensa de Jelusic. A consecuencia de este recurso, el 14 de diciembre de 2003 la Corte de Casación²⁹ anuló, sin reenvío, la sentencia de la Corte de Apelaciones en lo que concernía a la duración de la pena y redeterminó la pena a cumplir en treinta años de reclusión (artículo 620 letra l, CPP).

Antes de exponer los argumentos ofrecidos por la Corte de Apelaciones de Roma y la Corte de Casación es necesario reconstruir, aunque brevemente, el marco

²⁷ La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Cámara de Apelaciones el 5 de julio de 2001.

²⁸ Esta decisión no está publicada.

²⁹ El texto de la sentencia se encuentra publicado en *Cassazione Penale*, 2003, pp. 1162 ss., con un comentario de Ersilia Calvanese; cf. también el comentario de Alberto Perduca y Incola Piacente en *Diritto e Giustizia*, 2003, pp. 10, 14.

EMANUELA FRONZA

normativo que sirvió de base a las decisiones de estos tribunales. Como enseguida se pondrá de manifiesto, para la solución del caso eran aplicables tanto normas nacionales como internacionales, y entre dichas fuentes no existía una adecuada coordinación. La falta de coordinación aludida se pone de manifiesto claramente con las soluciones contradictorias de ciertas disposiciones de la Ley de Implementación del Estatuto del TPIY, por un lado, y el acuerdo celebrado entre Italia y la ONU antes aludido, por el otro.

La contradicción es la siguiente. El artículo 7.4, de la Ley de Implementación del Estatuto del TPIY establece: “La Corte de Apelaciones, cuando pronuncia el reconocimiento, determina la pena que debe ser cumplida en el Estado. A tal fin, convierte la pena de detención establecida por el Tribunal Penal Internacional en pena de reclusión. En cualquier caso, *la duración de la pena no puede exceder de treinta años de reclusión*”.³⁰ El artículo 2.4, *de la versión italiana* del acuerdo entre Italia y la ONU confirma esta solución al establecer que las autoridades nacionales competentes, al pronunciarse sobre el reconocimiento de la sentencia extranjera, “*decidirán [...] con aplicación del artículo 7 apartados 2, 3 y 4*”³¹ de la citada Ley de Implementación.³² Sin embargo, el artículo 3.1 de dicho acuerdo ordena una solución diferente, pues establece que “al ejecutar la pena pronunciada por el Tribunal Internacional, las autoridades nacionales competentes del Estado requerido *estarán vinculadas a la duración de la sentencia*” de condena.³³

Ahora sí me ocuparé de los argumentos de las decisiones mencionadas. Como he dicho, la Corte de Apelaciones reconoció la sentencia del TPIY y la posibilidad de ejecutar, en Italia, una pena de cuarenta años de privación de la libertad. Para arribar a esta conclusión la Corte analizó la relación existente entre la Ley de Implementación del Estatuto del TPIY y el acuerdo entre Italia y la ONU, y concluyó que el artículo 7.4 de la Ley de Implementación debía considerarse derogado en virtud del artículo 3.1 del acuerdo citado, en razón del principio de especialidad. Justificó tal

³⁰ Cursivas añadidas.

³¹ Cursivas añadidas.

³² Como hemos señalado en el texto, sólo la versión italiana del acuerdo se refiere expresamente al artículo 7 de la ley de implementación del Estatuto del TPIY. La versión inglesa, que por otra parte es la versión auténtica, se limita a prever genéricamente la necesidad de que la decisión sea conforme al derecho interno: “The competent national authorities of the requested State shall promptly decide upon the request of the Registrar, *in accordance with national law*” (cursivas añadidas). Esta diferencia es importante porque las argumentaciones de las decisiones aquí comentadas, especialmente aquella de la Corte de Casación, se basan en el texto italiano.

³³ “In enforcing the sentence pronounced by the International Tribunal, the competent national authorities of the requested State shall be bound by the duration of the sentence”.

solución en las obligaciones asumidas por Italia a través de la firma de dicho acuerdo. Afirmó, al respecto, que Italia había aceptado aplicar “un cuerpo de leyes sustanciales para los crímenes contra la humanidad, aun cuando éstas prevean penas diversas a las previstas en la legislación interna italiana”. Este razonamiento es desarrollado, por otra parte, subrayando la diferencia entre una sentencia penal extranjera (reconocida en Italia únicamente a los fines de la ejecución de la pena) y una sentencia pronunciada por un tribunal internacional, pues en este último caso lo que se aplica es un “derecho sustancial común”. La Corte de Apelaciones sostuvo, además, que las normas internacionales tienen una jerarquía superior y prevalecen sobre las normas internas del Estado italiano, y afirmó que Italia ha reconocido “por un lado, el carácter internacional y la intangibilidad de la pena impuesta por el Tribunal Internacional [...], y, por el otro, en la fase sucesiva de la ejecución de la sentencia, el poder de supervisión del Tribunal Internacional [...]”.

La Corte de Casación, como he adelantado, sostiene una posición diversa. A su juicio, el artículo 7.4 de la Ley de Implementación no puede considerarse derogado, dada la referencia textual a esta disposición contenida en el artículo 2.4 de la versión italiana del acuerdo. Por el contrario, esta referencia confirmaría la vigencia del límite de los treinta años respecto de penas de privación de la libertad impuestas por el TPIY que deban ejecutarse en Italia. Para la Corte de Casación, tal interpretación sería coherente con la normativa de derecho interno sobre el sistema sancionador, con el principio constitucional de la igualdad de tratamiento de las personas condenadas y también con el artículo 27 del Estatuto del TPIJ, que establece que la detención se desarrollará según las normas del Estado de ejecución.³⁴ La Corte también señala, como una suerte de corroboración de su argumentación, que la misma solución ha sido seguida por la ley 981, del 2 de agosto de 2002, referida a la cooperación con el TPIR.³⁵ En razón de estos argumentos la Corte de Casación concluye que el artículo

³⁴ Esta disposición establece: “La pena de detención será cumplida en un estado designado por el Tribunal Penal Internacional de una lista de Estados que han indicado al Consejo de Seguridad su voluntad a aceptar personas condenadas. Dicha pena de detención será conforme al derecho aplicable del Estado en cuestión y sujeta a la supervisión del Tribunal Internacional”. El original inglés establece: “*Enforcement of sentences.* Imprisonment shall be served in a State designated by the International Tribunal from a list of States which have indicated to the Security Council their willingness to accept convicted persons. Such imprisonment shall be in accordance with the applicable law of the State concerned, subject to the supervision of the International Tribunal”.

³⁵ El artículo 7 apartado 4 de esta ley establece, en efecto, que “la Corte de Apelaciones de Roma, cuando pronuncia el reconocimiento, determina la pena que debe ser cumplida en el Estado. A tal fin convierte la pena de detención establecida por el Tribunal internacional en pena de reclusión. En todo caso, la pena no puede exceder la de treinta años de reclusión”. Esta referencia no parece útil, sin embargo, para la interpretación de la normativa sobre la cooperación con el TPIY.

EMANUELA FRONZA

3 del acuerdo debe entenderse referido a la fase de ejecución en sentido estricto, esto es, a un estadio sucesivo a aquel del reconocimiento de la sentencia y de determinación de la duración de la pena. A este estadio, en cambio, se referirían el artículo 7.4 de la Ley de Implementación y el artículo 2.1 de la versión italiana del acuerdo. Solucionado de este modo el conflicto interpretativo antes señalado, la Corte de Casación llega al resultado de que el tribunal italiano competente, al determinar la pena en la decisión sobre el reconocimiento de la sentencia del TPIY, no puede exceder el límite máximo de treinta años de reclusión.

Lista de sentencias utilizadas

- Caso *Acosta*, decisión de la Corte de Assise de Roma (2007).
- Caso *Cuccullo*, decisión de la Corte de Apelaciones de Milán (2001).
- Caso *Daki*, decisión del Tribunal de Milán (2005).
- Caso *Daki*, decisión de la Corte de Apelaciones de Milán (2005).
- Caso *Daki*, decisión de la Corte de Casación (2007).
- Caso de los *Hinchas del Varese*, decisión de la Corte de Casación (1985).
- Caso *Jelusic*, decisión de la Cámara de Apelaciones de Roma (2001).
- Caso *Jelusic*, decisión de la Corte de Casación (2003).
- Caso *Kappler*, decisión del Tribunal Militar Territorial de Roma (1948).
- Caso *Priebke*, decisión del Tribunal Militar Territorial de Roma (1997).
- Caso *Priebke*, decisión de la Corte Militar de Apelaciones de Roma (1998).
- Caso *Suárez Mason*, decisión de la Corte de Assise de Roma (2000).

ESPAÑA

Alicia Gil Gil

1. Introducción.

Los procesos por crímenes internacionales celebrados en España

1.1. Las dictaduras argentina y chilena

Los primeros procesos abiertos en nuestro país por crímenes internacionales han sido los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas iniciados en los juzgados centrales de instrucción n.º 5 y 6 de la Audiencia Nacional (AN) en los sumarios abiertos a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena.¹ Como es sabido, el ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar la extradición a España de Pinochet por encontrarse “gravemente enfermo”. Pero el proceso siguió su curso respecto de otros acusados: Adolfo Scilingo (condenado a más de mil años de prisión por el Tribunal Supremo español, de los que solo cumplirá 25,² a no ser que el Tribunal Constitucional anule la sentencia), Ricardo Miguel Cavallo, Hernán Julio Brady Roche y Juan Carlos Fotea.

¹ Comas de Argüemir: “La aplicación judicial del principio de justicia universal en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 174; A. Gil Gil: “España”, en Eser, Sieber y Kreicker (eds.): *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, vol. 4, Berlín, 2005, pp. 181 ss.

² STS 1/10/2007.

1.2. Caso Castro

Las decisiones de la AN de 4 y 5 de noviembre animaron a la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, principalmente del ámbito latinoamericano. La AN, en un auto de 4 de marzo de 1999, rechazó la pretensión de enjuiciar a *Fidel Castro* con el argumento de que, al tratarse de un jefe de Estado en activo, gozaba de inmunidad según el derecho internacional consuetudinario.³

1.3. Caso Guatemala

El caso *Guatemala* dio lugar al primer pronunciamiento del TS español sobre la competencia de nuestros tribunales en aplicación del principio de justicia universal (STS de 25 de febrero de 2003). El 2 de diciembre de 1999 doña Rigoberta Menchú Tum presentó denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados conjunta e indistintamente a los generales Efraín Ríos Montt y Óscar Humberto Mejías Víctores, que ocuparon sucesivamente la jefatura del Gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente Fernando Romeo Lucas García y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el Gobierno, la Policía y el Ejército. El caso llegó al TS, que hizo una interpretación sumamente restrictiva del principio de justicia universal en su sentencia de 25 de febrero de 2003.⁴ La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 anuló la STS de 25 de febrero de 2003 por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En esta sentencia el TC refuta la jurisprudencia del TS en materia de persecución de crímenes internacionales según el principio de jurisdicción universal. En concreto, se rechaza el principio de subsidiariedad que había adoptado el TS, el cual se sustituye por el de concurrencia, según el cual se debe ceder la competencia a una

³ En dicho auto la Audiencia afirma: "La jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrela se refiere), en cuanto a que uno de los querrellados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España, la soberanía del pueblo cubano [...]".

⁴ Sobre la misma véase B. García Sánchez: *Límites a la Ley penal en el espacio*, Atelier, 2004, pp. 119 ss.; A. Gil Gil: *Bases para la persecución de crímenes internacionales en España*, Comares, 2006, pp. 52 ss.; ídem: "España", en Ambos y Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 358 ss.

ALICIA GIL GIL

jurisdicción concurrente preferente como la del territorio, pero ello no implica en ningún caso la obligación de que el denunciante acredite plenamente la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como pretendía la AN. Rechaza también el TC la existencia en derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral (no dispuesto en un convenio internacional) del principio de jurisdicción universal que argumentó el TS, y en especial rechaza la exigencia de un punto de conexión como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la presencia del acusado en territorio español. Todos ellos son, según el TC, requisitos establecidos *contra legem* y son contrarios al fundamento y los fines del principio de jurisdicción universal; los dos primeros además desnaturalizan el principio y conducen a la derogación de facto del artículo 23.4 de la LOPJ.

En opinión del TC, la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente, su persecución y sanción constituyen no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los estados, cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. La Audiencia Nacional, en ejecución de la STC 237/2005, ha dictado nueva resolución en el *caso Guatemala* admitiendo su competencia por auto 178/2006 de 16 de febrero. En estos días está comenzando en España ante la AN el juicio por el *caso Guatemala*, en el que se juzga a los acusados por genocidio contra el pueblo maya y por torturas.

1.4. Caso Couso

En octubre del 2005 se inició el primer proceso en nuestro país por crímenes de guerra cometidos por ciudadanos norteamericanos en Irak, en el llamado *caso Couso*. Por auto del Juzgado de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2005, se dictó orden internacional de busca, captura y detención a efectos de extradición contra tres militares estadounidenses acusados de crímenes de guerra por causar la muerte de dos periodistas, uno de ellos español (José Manuel Couso, de

la cadena Telecinco), en el ataque al hotel Palestina de Bagdad, donde se alojaba la prensa internacional.

1.5. Caso Tíbet

Por auto de 10 de enero de 2006 la Audiencia Nacional, siguiendo la reciente decisión del TC que acabo de comentar, ha afirmado su jurisdicción para conocer del delito de genocidio contra la población tibetana imputado a las autoridades chinas. Se abre por tanto un nuevo proceso por crímenes internacionales ante la jurisdicción española: el del genocidio del Tíbet.

1.6. Caso Falun Gong

También en relación con China se ha abierto en España un nuevo caso por genocidio, por la persecución de los miembros del movimiento Falun Gong. El 6 de junio de 2006 el Tribunal Supremo resolvió el recurso presentado contra la decisión de la Audiencia Nacional que había inadmitido a trámite la querrela presentada por 15 víctimas en septiembre del 2004, y acatando la reciente doctrina del TC, que sin embargo crítica como equivocada a lo largo de 16 páginas, obliga a la Audiencia a investigar los presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en China contra los seguidores del movimiento Falun Gong. Las acusaciones se dirigen contra el actual presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino, que fue secretario del Comité Municipal de Pekín entre 1997 y 2002. El Gobierno chino ha protestado por esta decisión.

Todos estos procesos han dado lugar a una amplia gama de decisiones a menudo contradictorias, de distintos tribunales: la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, en diversas materias, desde la interpretación y el ámbito del principio de jurisdicción universal, hasta el concepto de crimen contra la humanidad, pasando por la relevancia de amnistías o la aplicación del principio de legalidad. A continuación exponemos detalladamente los aspectos más destacables de toda esta jurisprudencia.

ALICIA GIL GIL

1.7. Otros procesos

Además de los señalados se abrieron en España otros procesos —por ejemplo, contra la dictadura peruana—⁵ y en la actualidad se siguen también procesos por genocidio y torturas en el Sahara⁶ y por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y terrorismo en Ruanda.⁷

2. Análisis de la jurisprudencia

2.1. Crímenes internacionales (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión)

2.1.1. *La interpretación del concepto de genocidio*

a) *Primera interpretación de la Audiencia Nacional: concepto amplio de genocidio*

El pleno de la Sala de lo Penal de AN, los días 4 y 5 de noviembre de 1998,⁸ dictó sendos autos en los que reconoció la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile. En ellos hizo una interpretación sumamente amplia del delito de genocidio. La AN afirmó que el concepto “social” de genocidio incluye la destrucción de cualquier grupo humano, en una argumentación sorprendente que prescinde del concepto “jurídico” y del tenor literal de la ley.⁹ Para demostrar la existencia de ese pretendido concepto “social”, acudió a textos anteriores a la tipificación del delito de genocidio, como la definición de los crímenes contra la humanidad del Estatuto de Londres y a la redacción del antiguo artículo 137 *bis* que tan criticado fue por la doctrina por apartarse de la regulación y del concepto internacional de

⁵ STS de 20/05/2003 sobre jurisdicción de los tribunales españoles en el caso de la dictadura peruana

⁶ Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional de 29/10/2007.

⁷ Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional de 6/02/2008.

⁸ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 5/11/1998 (sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Chile), fundamento de derecho 5.º, y auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 5 de noviembre de 1998 (sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Argentina), fundamento de derecho 5.º.

⁹ Su argumentación sería equiparable a la afirmación aberrante de que, puesto que socialmente (e incluso en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia) se califica de asesino al homicida, podríamos aplicar la pena agravada del art. 139 CP a todo el que matare a otro, con independencia de que concurren o no las circunstancias del tipo agravado.

genocidio. E incurriendo, en mi opinión, en una evidente analogía *in malam partem* afirmó que “grupo nacional” no significa “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino “simplemente grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”. Evidenciando su confusión de los conceptos *genocidio* y *crímenes contra la humanidad* afirmó que “el entendimiento restrictivo del tipo que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de sida”, entre otros ejemplos, y concluyó que “todas las víctimas reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar”.

Ello le permitió calificar como genocidio —y por lo tanto extender su jurisdicción sobre ellos— los delitos cometidos por las dictaduras chilena y argentina contra personas sospechosas de ser adversarios políticos o simplemente disidentes del régimen,¹⁰ siguiendo la argumentación de el juez instructor que había comprendido en el concepto de genocidio el llamado “autogenocidio”.¹¹

b) *Segunda interpretación de la Audiencia Nacional:
concepto restringido de genocidio*

En su sentencia de 16/2005, de 19 de abril, la Audiencia Nacional abandona la calificación como genocidio de los hechos imputados al acusado Scilingo y los califica como delito de lesa humanidad, optando por un concepto estricto de genocidio, pero queriendo salvar al mismo tiempo la corrección de la calificación inicial para el momento en que se hizo, lo que en mi opinión la lleva a una argumentación difícil y contradictoria:

¹⁰ Contra esta interpretación amplia del concepto de genocidio véase Gil Gil: *Bases...*, o. cit., pp. 5 ss.; el informe del Instituto Max Planck sobre la posibilidad de persecución en Alemania de las violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica en los casos argentino y chileno —publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 8 C, 1999, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 441 ss.—; Schabas: *Genocide in international Law*, 2000, pp. 114-120; B. Feijoo Sánchez: “El genocidio en el derecho penal español”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 8 C, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 559 ss. A favor, sin embargo, Serrano Piedecosas: “El delito de genocidio. Especial referencia al ‘caso Pinochet’”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 1505 ss., y Gómez Benítez: “El exterminio de grupos políticos en el derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 4, 2000, pp. 151 ss. y 157.

¹¹ Sobre las interpretaciones erróneas de la expresión *destrucción parcial*, incluidas la del juez español Baltasar Garzón en la acusación contra Augusto Pinochet y la de la Audiencia Nacional en los autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, véase A. Gil Gil: *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 181 ss.; ídem: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, 1999, pp. 145 ss.

ALICIA GIL GIL

La Sala rechaza la calificación propuesta de delito de genocidio, si bien con los matices que a continuación se verán. En el momento actual, y recalamos que se trata del momento actual, en atención a los hechos que estrictamente se consideran probados, éstos no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el art. 607 del Código Penal. Entre los elementos definidores del tipo penal están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, debiéndose entender que como tal grupo, sin incluirse a los grupos no estables en sí mismos como tales grupos, lo que excluiría específicamente a los grupos políticos. La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el “autogenocidio”, es decir la destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir “subgrupos” diferenciados por la ideología. Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superestricta y restringida del delito de genocidio en el momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código Penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter más amplio, y que obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado. No obstante, en el momento de la producción del hecho y hasta la entrada en vigor de este precepto, era correcta su tipificación penal como delito de genocidio. Sobre este tema se volverá con posterioridad.¹²

Me parece evidente que la definición y el concepto legal de genocidio no han cambiado porque se introduzca en nuestro CP la figura de los crímenes contra la humanidad, y que la actual correcta interpretación estricta del delito de genocidio que hace la Audiencia lo único que viene a demostrar es que en el momento anterior, en el que no se contemplaban en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad, se realizó una interpretación errónea de este tipo para englobar conductas que no se corresponden con él.¹³

c) *La interpretación del TS*

El concepto amplio de genocidio ha sido descartado en la sentencia del TS de 1 de octubre de 2007,¹⁴ en la que nuestro alto tribunal adopta el criterio estricto de genocidio y declara que los crímenes cometidos por la dictadura argentina no constituyen genocidio sino crímenes contra la humanidad.¹⁵

¹² SAN n.º 16/2005 de 19 de abril, Fundamento jurídico primero, 6.

¹³ Véase sobre ello con mayor detalle A. Gil Gil: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r1 (2005), pp. 2-4.

¹⁴ STS 1/10/2007.

¹⁵ Véase A. Gil Gil: “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del TS en el caso Scilingo”, en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional* (en prensa).

2.1.2. Crímenes de guerra

En octubre del 2005 se inició el primer proceso en España por crímenes de guerra cometidos por ciudadanos norteamericanos en Irak (*caso Couso*). La Audiencia Nacional calificó de crímenes de guerra los asesinatos de dos periodistas, uno de ellos español (José Manuel Couso, de la cadena Telecinco), en el ataque al hotel Palestina de Bagdad, donde se alojaba la prensa internacional.¹⁶ Sin embargo, por auto de 8 de marzo de 2006 la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional archivó las actuaciones argumentando falta de dolo (error en la identificación del enemigo), lo que excluye la calificación de crimen de guerra según los Convenios de Ginebra y con ello la jurisdicción de los tribunales españoles según el artículo 23.4.i de la LOPJ.¹⁷ Contra dicho auto se han interpuesto varios recursos de casación que fueron resueltos por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de diciembre de 2006, en la que casó la resolución anterior de la Audiencia Nacional alegando que la falta de dolo no es un “hecho notorio”, sino que deberá ser investigado en el momento procesal oportuno y una vez declarada la jurisdicción de los tribunales españoles sobre los hechos. Sin embargo, el TS no pudo pronunciarse en esta sentencia sobre la corrección o no de la calificación jurídica de los hechos.¹⁸

¹⁶ Los hechos, a juicio del instructor, merecen la calificación de un delito contra la comunidad internacional del art. 611.1, en relación con el art. 608.3, y de un delito de asesinato del art. 139, todos ellos del Código Penal español.

¹⁷ “La Sala de instancia examina los elementos concurrentes en el hecho denunciado, poniendo de relieve que tanto para el delito de ‘crimen de guerra’ del art. 611 del CP (en relación con el IV Convenio de Ginebra —arts. 146 y 147— y con el Protocolo I Adicional —art. 79—) como el delito de asesinato del art. 139 del CP debe concurrir un ‘dolo intencional’, que, en su opinión, no concurre en el hecho de autos; y afirma, a este respecto, que ‘es un hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación’ (el subrayado es nuestro), que no estamos ante un ‘acto intencional doloso’ sino ante un ‘acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado’, habida cuenta de que ‘la intervención de las comunicaciones iraquíes pone en alerta al ejército americano que desde el Hotel Palestina [...] existe una unidad iraquí desde la que se dirige el tiro de artillería contra las unidades norteamericanas’, de todo lo cual, viene a concluir que ‘no concurren los elementos típicos necesarios para constituir la figura penal del art. 611.1.º, en relación con el art. 608.3.º del CP’ y con las infracciones graves del IV Convenio de Ginebra, arts. 146 y 147’ —v. FF. JJ. 7.º y 9.º del auto recurrido—. (Recogido en el fundamento de derecho tercero y quinto de la sentencia del TS de 11/12/2006.)

¹⁸ F. J. 12.º: “En todo caso, finalmente, parece oportuno destacar también que la presente resolución —como es obvio— no hace ninguna valoración jurídica sobre los hechos denunciados más allá del necesario reconocimiento provisionalísimo de que los mismos podrían constituir los delitos que, por las razones expuestas, justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles competentes en la materia; pues corresponde a la fase de instrucción procesal allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la ulterior calificación jurídica de tales hechos”.

ALICIA GIL GIL

2.1.3. *Crímenes de lesa humanidad*

La sentencia de la Audiencia Nacional 16/2005, de 19 de abril, supone la primera condena en España por delitos de lesa humanidad en aplicación del artículo 607 *bis*, introducido en nuestro ordenamiento por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Lo primero que llama la atención de esta sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional es el cambio de calificación jurídica de los hechos respecto de la propuesta por el juez instructor Baltasar Garzón y la solicitada por la acusación particular. La Audiencia Nacional abandonó la calificación como genocidio y calificó como delito de lesa humanidad. La calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad me parece absolutamente correcta¹⁹ y así lo ha confirmado después el TS. La AN se esfuerza incluso en argumentar la presencia de todos los elementos típicos, incluido el contexto, lo que resulta digno de alabanza.

En opinión de la Audiencia, la definición del delito de lesa humanidad en nuestro Código Penal viene establecida sobre la base de la comisión de un hecho concreto: homicidio, lesiones, detenciones ilegales, etc. (delito subyacente), en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. La Audiencia Nacional se apoya en la jurisprudencia del Tribunal de la antigua Yugoslavia para extraer los siguientes caracteres del crimen contra la humanidad:

- 1) El crimen tiene que ser cometido directamente contra una población civil (ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic [Trial Chamber], 22.02.2001; [Appels Chamber] 12.06.2002, § 90).
- 2) No es necesario que sea contra la totalidad de la población, pero sí un número suficiente, representativo de ella (ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 90).
- 3) La población ha de ser predominantemente civil. (ICTY Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 180; Naletilic and Martinovic [Trial Chamber], 31.03.2003, § 235; Jelusic [Trial Chamber], 14.12.1999, § 54).

¹⁹ Véase A. Gil Gil, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 8 C, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 512.

JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- 4) La presencia de no civiles no priva del carácter civil a la población. (Prosecutor v. Kupreskic et ál. [Trial Chamber], 14.01.2000, § 549).
- 5) Procede hacer una interpretación amplia del concepto de *población civil* (Jelusic [Trial Chamber], 14.12.1999, § 54; Prosecutor v. Kupreskic et ál. [Trial Chamber], 14.01.2000, § 547-549).
- 6) La protección se refiere a cualquier población civil, independientemente de que sea a la propia población civil (Vasilejevic [Trial Chamber], 29.11.2002, § 33).
- 7) La exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político “de facto”.
- 7) El ataque debe ser “generalizado o sistemático” (Kunarac, Kovac and Vukovic [Trial Chamber], 22.02.2001, § 431). (Generalizado: Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 179; BlasKic [Trial Chamber], 3.03.2000, § 206; Martinovic [Trial Chamber], 31.03.2003, § 236. Sistemático: Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 94; Naletilic and Martinovic [Trial Chamber], 31.03.2003, § 236; BlasKic [Trial Chamber], 3.03.2000, § 203.)
- 8) Es el ataque el que debe ser “generalizado o sistemático”, no los actos del acusado.
- 9) Puede ser calificado como crimen contra la humanidad un simple acto, si está en conexión con un ataque “generalizado o sistemático” (Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 178; Kupreskic et ál. [Trial Chamber] 14.01.2000, § 550).
- 10) Es necesario tener en cuenta que existen muchos factores definidores de cuándo un ataque es “generalizado o sistemático” y que son inferibles del contexto.
- 11) Los ataques deben ser masivos o sistemáticos, o ejercerse en el marco de una política o plan estatal, pero no es imprescindible que se dé este último elemento.
- 12) Intencionalidad: el autor debe tener el propósito o intención de cometer los delitos subyacentes (Vasilejevic [Trial Chamber], 29.11.2002, § 37).
- 13) Los motivos del sujeto resultan irrelevantes (Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 103; Tadic [Appels Chamber],

ALICIA GIL GIL

- 15.07.1999, § 270-272; Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 187).
- 14) Resulta irrelevante si los actos son directamente contra la población civil o simplemente contra una persona concreta. Lo relevante es que el ataque sea contra la población civil y no los actos concretos (Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 103).
 - 15) La intencionalidad discriminatoria solo es necesaria para el delito de persecución (Tadic [Appels Chamber], 15.07.1999, § 283,292,305; Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 186; BlasKic [Trial Chamber] 3.03.2000, § 244, 260; Todorovic [Trial Chamber], 31.07.2001, § 113).
 - 16) Conocimiento: el autor debe tener conocimiento de que participa en un ataque generalizado o sistemático, o alternativamente admite el riesgo de que sus actos formen parte de él (Vasilejevic [Trial Chamber], 29.11.2002, § 37; BlasKic [Trial Chamber], 3.03.2000, § 257; Krnojelac [Trial Chamber] 15.03.2002, § 59). Debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto.
 - 17) No es necesario el conocimiento de los detalles del ataque (Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 102; Krnojelac [Trial Chamber], 15.03.2002, § 59).
 - 18) No es necesario que el partícipe deba aprobar el contexto del ataque en el que se enmarcan sus actos (Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 185).
 - 19) Este conocimiento del contexto es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, la función o posición del acusado dentro de él, su relación con las jerarquías políticas o militares, la amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etc. (BlasKic [Trial Chamber], 3.03.2000, § 258-259).
 - 20) Tratándose de delitos subyacentes, en caso de homicidio no es necesario el cadáver para la existencia del delito (Krnojelac [Trial Chamber], 15.03.2002, § 326).

²⁰ En mi opinión resulta cuestionable la calificación de los hechos imputados a Scilingo como delito de terrorismo, además de que no me parece defendible que la relación entre el delito de terrorismo y los crímenes de lesa humanidad sea de concurso de leyes.

La sentencia de la Audiencia Nacional en el *caso Scilingo* ha apreciado también acertadamente que los delitos de lesa humanidad consumen a los delitos comunes subyacentes (lo que no resulta tan convincente es que consuma también al delito de terrorismo).²⁰ Sin embargo, resulta contradictorio que condene por *un* único “delito de lesa humanidad: 1.º con causación de 30 muertes alevosas [...]; 2.º con también realización de detención ilegal [...]; 3.º con causación de tortura grave [...]”, en lugar de por 32 delitos de lesa humanidad. La pena establecida, cuya medición me parece correcta, se ha calculado sumando las penas correspondientes a cada uno de los resultados, es decir, apreciando un concurso real de crímenes contra la humanidad, idea absolutamente acertada pero que es contradictoria con la afirmación de que se ha cometido un solo delito de lesa humanidad. Esta última afirmación resulta incompatible, además, con la doctrina mayoritaria que asigna a los delitos contra la humanidad la protección de bienes jurídicos personalísimos fundamentales,²¹ y es esta concepción precisamente la que permite apreciar la consunción de los correspondientes delitos comunes.²²

Aunque la calificación de los hechos es correcta, la sentencia era muy criticable por numerosos defectos, como la infracción de los principios de legalidad y de irretroactividad, la relajación en la prueba, la imputación a título de autor de delitos en los que el acusado no ejecutó ni tuvo el dominio del hecho, etcétera,²³ y por ese motivo fue casada por el TS.²⁴

²¹ Grupo de Estudios de Política Criminal: *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, n.º 6, 2002, p. 33. Sobre la imposibilidad dogmática mayoritariamente aceptada de apreciar una unidad delictiva en los supuestos de lesión de varios bienes jurídicos individuales personalísimos, véase Maiwald: *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964, pp. 80 ss.; A. Gil Gil: “Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, n.º 4, 1999, p. 787.

²² La exigencia de que los crímenes contra la humanidad sean cometidos en el marco de una acción sistemática o a gran escala no impide considerar que cada ataque individual contra un bien jurídico fundamental cometido en dichas circunstancias constituye un crimen contra la humanidad, de la misma manera que cada acto considerado violación grave del derecho de la guerra constituye un crimen de guerra. Véase A. Gil Gil: “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal*, 2003-1, Buenos Aires, p. 236. De la misma opinión, M. Ch. Bassiouni: *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, p. 248; H. Meyrowitz: *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l’humanité et de l’appartenance a une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, p. 255; Dixon, en Triffterer (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden: Nomos, 1999, art. 7, p. 125, marg. 9; Sunga, en Ambos y Guerrero (comps.): *El Estatuto de Roma de la CPI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 249; Ambos y Wirth: “The current Law of crimes against Humanity”, en *Criminal Law Forum* 13: 2002, p. 17, 35, citando jurisprudencia del TPIY y el TPIR.

²³ Véase mi comentario en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005, pp. 7 ss.

²⁴ STS 1/10/2007.

ALICIA GIL GIL

2.2. La relación entre crímenes internacionales y terrorismo

La sentencia de la Audiencia Nacional en el *caso Scilingo* ha apreciado que los delitos de lesa humanidad consumen al delito de terrorismo.²⁵

2.3. Otras problemáticas clásicas de derecho penal internacional: retroactividad de la ley penal y alcance del principio de legalidad en derecho penal internacional

La sentencia de la Audiencia Nacional 16/2005, de 19 de abril, supuso la primera condena en España por delitos de lesa humanidad en aplicación del artículo 607 *bis*, introducido en nuestro ordenamiento por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 y, sin embargo, se aplicó a hechos cometidos hace treinta años.

A este respecto hay que recordar que el artículo 25 de la Constitución española dispone:

1) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento. [...]

2) El artículo 9.3 de la Constitución española dice:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Y el artículo 2 del CP:

1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

²⁵ En mi opinión resulta cuestionable la calificación de los hechos imputados a Scilingo como delito de terrorismo, además de que no me parece defendible que la relación entre el delito de terrorismo y los crímenes de lesa humanidad sea de concurso de leyes. Respecto de la calificación como terrorismo, la sentencia (SAN n.º 16/2005 de 19 de abril, fundamento jurídico primero) había afirmado previamente: "7. Calificación por delito de terrorismo. La Sala igualmente rechaza que se trate exclusivamente de un delito de terrorismo. Resulta cierto que se dan en el caso los elementos típicos penales del delito de terrorismo (elemento estructural y teleológico de esta clase de delitos), pero los hechos van más allá y contienen otros elementos que solo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala se decanta por esta última calificación, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos".

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. [...]

La doctrina española suele incluir como concretas exigencias del principio de legalidad, además de la reserva de ley, el principio de tipicidad o taxatividad de la ley penal, la prohibición de la analogía y la irretroactividad de la ley penal desfavorable.²⁶ En mi opinión, la regulación del principio de legalidad en nuestro derecho, que recoge un principio de legalidad férreo y estricto, impide que los tribunales penales apliquen directamente costumbres internacionales, ya que estas no pueden responder a las exigencias tanto formales²⁷ como materiales que nuestro ordenamiento atribuye a este principio,²⁸ y por tanto tampoco se puede apelar a la preexistencia de una costumbre internacional para justificar la aplicación retroactiva de un precepto, como ha hecho la AN en este caso.

La Sala afirmaba, en cambio, que ello no suponía infracción alguna del principio de legalidad. Argumentaba que la norma penal de derecho interno del artículo 607 *bis* en realidad incorporaba en el derecho español una norma preexistente de derecho internacional público, que además gozaba del carácter de *ius cogens* internacional y por tanto tenía validez obligatoria *erga omnes*. Reconocía la Sala que la norma internacional no establece la sanción penal y, a pesar de ello, el tribunal se declaró vinculado tanto por la norma interna como por la internacional, cuando en realidad la constatación de la ausencia de una sanción penal determinada en la norma internacional debería haberlo llevado al reconocimiento de su carácter *non self executing*, lo que impide sin más la aplicación directa por el tribunal interno.²⁹ En cambio, el tribunal, tras reconocer la inaplicabilidad de la norma internacional hasta que se incorpore al ordenamiento interno, argumenta que el mandato o la prohibición que la norma interna incorpora existía ya con anterioridad y, por tanto, que su aplicación no sería retroactiva respecto del mandato o la prohibición que recoge. Con esta argumentación obviaba el tribunal dos problemas fundamentales: primero, el de la taxatividad como requisito de un principio de legalidad férreo propio de nuestro ordena-

²⁶ Véase A. Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pág. 87 nota 105, con ulteriores citas.

²⁷ El Tribunal Constitucional ha interpretado que el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 CE exige la existencia de una ley en sentido formal, anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. Véanse, entre otras, las sentencias 25/1984, de 23 de febrero; 3/1988, 21 de enero; 101/1988, de 8 de junio; 29/1989, de 6 de febrero; 69/1989, de 20 de abril puente, 150/1989, de 25 de septiembre; 219/1989, de 21 de diciembre, etc.

²⁸ Véase sobre ello Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 93 ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 95 ss.

ALICIA GIL GIL

miento y que la costumbre es incapaz de proporcionar; segundo, el referido al principio de legalidad de las penas.

La costumbre como fuente de derecho penal no puede, en mi opinión, cumplir con las exigencias que el ordenamiento, la jurisprudencia y la doctrina españoles atribuyen al principio de legalidad: ni con la garantía formal que el Tribunal Constitucional atribuye al principio de legalidad,³⁰ ni con el fundamento democrático de dicha garantía formal, ni, sobre todo, con su vertiente material, que consiste no solo en la preexistencia del mandato o la prohibición, sino también en la exigencia de taxatividad.³¹ Que la costumbre internacional no cumple con la exigencia de taxatividad es especialmente evidente en el delito de lesa humanidad, cuya definición ha evolucionado notablemente desde Núremberg hasta nuestros días, como la propia Sala reconoce.³² Baste solo recordar que en el momento en que se elaboró el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (1991) todavía no estaba muy clara la existencia de un crimen contra la humanidad independiente de la situación de guerra en el derecho internacional consuetudinario.³³ Si la Sala realmente hubiese querido ser respetuosa con el principio de legalidad, debería haber indagado cuál era el concepto de crimen contra la humanidad en la costumbre internacional en el momento en que se cometieron los hechos, lo que resulta prácticamente imposible, dada la falta de taxatividad de una costumbre.³⁴

³⁰ Véase supra la nota 27.

³¹ Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 87 ss., con ulteriores citas doctrinales y jurisprudenciales.

³² La doctrina española va más lejos y entiende que incluso la redacción de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma es incompatible con la exigencia de taxatividad de nuestro principio de legalidad, lo que ha motivado la sustitución de fórmulas abiertas contenidas en la mencionada regulación por la enumeración de conductas concretas a la hora de introducir este delito en el Código Penal español. Véase *Grupo de Estudios de Política Criminal*, o. cit., pp. 32, 38 y 39.

³³ El profesor Bassiouni, especialista en el crimen contra la humanidad y padre del informe del secretario general de las Naciones Unidas que dio luego origen al Estatuto del TPIY, declaraba en un congreso en Siracusa que, en la definición del crimen contra la humanidad en el mencionado Estatuto, había introducido la necesidad de una relación con la guerra porque no estaba seguro de que existiese una norma internacional consuetudinaria en aquel momento que reconociese el crimen contra la humanidad independiente y el informe del secretario general había recogido la intención de aplicar sólo derecho internacional preexistente. Posteriormente, sin embargo, el TPIY afirmó en sus sentencias que en la actualidad tal requisito de conexión con la guerra no pertenece al concepto de crimen contra la humanidad. En qué momento de la evolución histórica del crimen contra la humanidad se puede afirmar que desaparece este requisito de la norma consuetudinaria internacional es algo prácticamente imposible de determinar.

³⁴ No hay que olvidar tampoco que el propio nacimiento y la evolución del crimen contra la humanidad ha supuesto una larga conquista frente al principio de no intervención en asuntos internos y, por ello, tanto la ampliación del crimen como la reducción de este principio que podemos constatar en la actualidad son el fruto de muchos años de evolución. Véase sobre ello Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 106 ss. También hay que tener en mente que no estamos tratando realmente aquí de si la conducta que se le imputa al acusado estaba prohibida claramente en el momento de los hechos, pues matar a otro estaba evidentemente prohibido tanto en el Código Penal argentino como en el español, sino de si se le puede aplicar al acusado un precepto del Código Penal español que entró en vigor el año pasado, que regula un delito más grave que el de homicidio o asesinato, y de los argumentos que se utilizan para ello. En contra del argumento de que basta la preexistencia de la prohibición de la conducta básica véase también Malarino, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Max Planck Institut y Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 59-60.

La Sala argumenta, en contra de una posible crítica a la falta de taxatividad de la costumbre, que el principio de legalidad debe relajarse en derecho internacional, por lo que es suficiente la *lex* expresada en normas consuetudinarias y principios generales del derecho, aunque sea ambigua e insegura. Cita como precedente digno de alabanza los juicios de Núremberg, que tan duras críticas merecieron, incluso en nuestra doctrina, por infringir gravemente los principios de legalidad y de irretroactividad,³⁵ y repite incluso alguno de los argumentos que se dieron en aquella época para fundamentar la inaplicación del principio y que resultan absolutamente inaceptables en un Estado de derecho.³⁶

Al respecto debo contestar que la relajación admisible en el principio de legalidad internacional debe referirse únicamente a los aspectos formales, pero no a su contenido material,³⁷ y solo opera en el ámbito internacional —teniendo en cuenta que no todos los Estados entienden este principio en el mismo sentido—, pero no en su aplicación por los tribunales nacionales como derecho interno.³⁸ La interacción de fuentes del derecho internacional permite cumplir con el requisito de taxatividad mediante la codificación de la costumbre.³⁹ Si es el texto escrito el que dota de taxatividad a la costumbre internacional, solo a partir de la codificación podrá admitirse una aplicación de la *lex* respetuosa con el principio de legalidad.⁴⁰ Así lo ha entendi-

³⁵ Véanse las opiniones recogidas por Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 66 ss. Entre los autores españoles sumamente críticos con la infracción del principio de legalidad en estos procesos están Jiménez de Asúa, Cerezo Mir y Gimeno Sendra, entre otros.

³⁶ Como el de que el principio de legalidad nació para proteger al individuo frente al Estado, pero no para proteger a criminales que atacan masivamente los derechos más elementales de los ciudadanos. En contra de este argumento “falaz” véase Malarino: o. cit., p. 53. Los principios y garantías se aplican y protegen a todos por igual y en el momento en que empezamos a hacer excepciones dejan de ser principios generales y garantías y corremos el riesgo de perder el Estado de derecho.

³⁷ Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 87 ss.

³⁸ Sobre el principio de legalidad en derecho penal internacional y su relación con el principio de legalidad previsto en la legislación española, Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., 66 ss. Andrés Domínguez: *Derecho penal internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 88 ss., en especial p. 99. Como con razón se señala, el principio de legalidad del ordenamiento español no debe ceder ante el principio de jurisdicción o de legalidad penal internacional.

³⁹ Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 88 ss.

⁴⁰ La tipificación de la conducta en el ámbito internacional mediante su cristalización en un tratado internacional no añade simplemente un plus de taxatividad a modo de adorno innecesario, como la Sala pretende, sino que aporta precisamente la taxatividad y certeza que exige el principio de legalidad. Respecto del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que también menciona la sentencia, véase Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 73 ss., y más abajo la nota 43. Como señala Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español*, t. I, Madrid, 2004, p. 203, en realidad estos textos no hacen referencia al principio de legalidad tal y como se entiende en nuestro derecho, sino a un principio de legalidad en sentido amplio, o principio de juridicidad. Algunos países, como Alemania o Argentina, han formulado reservas a estos preceptos precisamente por considerarlos incompatibles con el principio de legalidad tal y como este se recoge en sus constituciones. Véase Jescheck: *Lehrbuch*, p. 133, nota 25; *Tratado*, p. 142, nota 31; Malarino: o. cit., p. 57; Ferrante, en Sancinetti y Ferrante: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 442, para quien esto demuestra “la explícita actitud del Estado argentino contraria a privar al derecho

ALICIA GIL GIL

do el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que, celoso del respeto a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal desfavorable y deseoso de superar las críticas de que se hicieron merecedores los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, establece su aplicación únicamente a partir de su entrada en vigor.⁴¹ Pero si esto es así en derecho internacional, mucho más en el derecho interno, en el que no puede admitirse ninguna relajación del principio de legalidad.

Al Tribunal se le olvida que no es un órgano internacional que aplica normas internacionales ni tampoco siquiera un órgano interno que aplica derecho internacional —pues, como ha reconocido, la norma internacional no era *self executing*—, sino un órgano jurisdiccional interno que aplica derecho interno en un Estado de derecho con un sistema de *civil law*, y su actuación está sujeta a los principios y garantías de su propio ordenamiento, aun cuando estos no existieran o fueran diferentes en otros ordenamientos.⁴² Los tribunales españoles están estrictamente ligados al principio de legalidad recogido en la Constitución española, sin que pueda admitirse ningún tipo de relajación por el carácter del delito enjuiciado o del delincuente.⁴³ Conforme a nuestra Constitución, no hay forma de argumentar que supuestas normas de derecho penal internacional prevalezcan sobre los derechos y garantías previstos en la Consti-

penal internacional de la garantía del principio de legalidad”. (La cursiva ha sido añadida para destacar que una falta de declaración explícita no supone aceptar dicha privación en contra de los mandatos constitucionales en el castigo de crímenes internacionales por los tribunales internos.)

⁴¹ Art. 24.

⁴² Lo que ya he puesto en duda o al menos matizado respecto del ordenamiento internacional. El tribunal cita jurisprudencia de otros países (que no aplican directamente una costumbre internacional sino leyes internas (Israel caso *Eichmann*) o el Estatuto del Tribunal de Núremberg, que fue incorporado al ordenamiento de numerosos países —donde, por cierto, el concepto de crimen contra la humanidad es mucho más restringido que el recogido en el 607 bis CP español, principalmente por la exigencia de vinculación con la guerra—, aunque ciertamente las aplicaron retroactivamente con los consabidos argumentos de que el hecho era punible en la costumbre internacional o que el principio de legalidad cedería ante un principio superior de justicia (así, por ejemplo, Francia, caso *Barbie*; Países Bajos, caso *Menten*, etc.). Véase Ambos: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, pp. 190 ss.; ídem: *La parte general del derecho penal internacional*, pp. 85-86). Crítico con la infracción del principio de legalidad en los procesos internos, véase Jescheck: “Rauter Case”, en *EPIL*, inst. 4, p. 166. Esta jurisprudencia resulta incompatible con las exigencias de ley (en sentido formal) previa, y además ley orgánica, para el establecimiento y la aplicación de tipos delictivos y de penas en el ordenamiento español. Véanse los arts. 25 y 9.3, 25 y 81.1 de la Constitución Española y, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Constitucional español citadas supra nota 27.

⁴³ Crítico con esta idea de la relajación del principio de legalidad en el derecho interno respecto de los delitos internacionales desde la doctrina argentina, Malarino: o. cit., pp. 53 ss., quien desde la naturaleza compleja del derecho penal internacional concluye que el *nullum crimen*, como garantía fundamental consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, debe ser aplicado estrictamente, incluso tratándose de crímenes internacionales, lo que coincide con la posición del gobierno argentino, que hizo una reserva al segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También Alemania, lo que revela “la explícita actitud del Estado argentino contraria a privar al derecho penal internacional de la garantía del principio de legalidad” —el entrecorillado pertenece a Ferrante, citado por Malarino, p. 57—. Defiende por tanto Malarino, con razón, que, frente a un principio de legalidad propio del derecho internacional que ofrece menos garantías que el reconocido por el derecho interno, la solución del conflicto en favor de aquella norma que prevea mayores garantías resulta la única acorde con el Estado de derecho, donde la gravedad de los delitos no debe llevar a una disminución de las garantías básicas.

tución española.⁴⁴ Y si es el artículo 607 *bis* el que ha dotado de taxatividad a la norma internacional, solo una aplicación de este a hechos posteriores a su entrada en vigor puede ser respetuosa con el principio de legalidad.

Frente a la posible crítica de la infracción del principio de legalidad de las penas, alega la Sala que el acusado disponía de la certeza y previsibilidad de las penas aplicables a los hechos por el derecho penal interno argentino, aunque no existiera un específico delito de lesa humanidad. Sin embargo, el tribunal no le aplica la pena que hubiera correspondido según el derecho penal argentino de la época (obviamente, no puede hacerlo), que es, según acaba de decir, la previsible para el acusado, sino la del artículo 607 *bis*.⁴⁵ Pero es que además el argumento es peregrino, pues cuando el artículo 2 del CP español declara que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración, no establece una excepción para los hechos que fuesen sancionables con otra calificación por una ley distinta a una pena distinta; la única excepción a la irretroactividad la suponen los casos de retroactividad de la ley penal favorable. Para poder aplicar la pena prevista en el artículo 607 *bis* con carácter retroactivo, el tribunal tendría que poder argumentar que se trataba de una ley más favorable que la aplicable en el momento de comisión de los hechos. Pero esta argumentación no es posible, pues el crimen contra la humanidad incorpora un plus de injusto y de pena del que carecen los delitos comunes aplicables a los hechos antes de su incorporación al Código,⁴⁶ y ni siquiera con la aplicación del genocidio podría haberse llegado a una pena tan alta como la que surge de la aplicación del artículo 607 *bis*.⁴⁷

⁴⁴ Véanse los arts. 93 a 96 de la CE, en especial el art. 95. En el mismo sentido respecto del derecho argentino, Malarino: o. cit., y los votos particulares de los magistrados Belluscio, Fayt y Vázquez a la Sentencia de la Corte Suprema argentina del 24 de agosto de 2004 (caso *Arancibia Chabel*), para quienes el derecho internacional no puede entenderse como derogatorio de los derechos fundamentales y las garantías reconocidos en la Constitución nacional, sino como complementario de ellas, y el carácter aberrante de los hechos imputados no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente y el abandono del principio *nullum crimen*, cuyo reconocimiento tantos siglos ha costado a la humanidad.

⁴⁵ Por cierto, según la ley argentina aplicable en el momento de comisión de los hechos, el condenado a una pena de prisión perpetua podía acceder a la libertad condicional a los 20 años de cumplimiento, y quedaba sometido a determinadas condiciones por un plazo de 10 años, con lo que la pena de prisión perpetua quedaba en una pena de 30 años, 10 de ellos cumplidos en libertad.

⁴⁶ Dejando al margen ahora los problemas de jurisdicción.

⁴⁷ El homicidio con agravante constitutivo de genocidio tiene asignada una pena de prisión de 15 a 20 años (art. 607.1.1.º), mientras que por cada muerte agravada constitutiva de crimen contra la humanidad la pena establecida es de prisión de 20 a 30 años. El asesinato en el anterior Código Penal estaba castigado con reclusión mayor en grado máximo, pero con la redención de penas por el trabajo la pena de un asesinato (y también la de un concurso de asesinatos) se quedaba en un máximo de 20 años de cumplimiento.

ALICIA GIL GIL

El principio de legalidad de las penas exige, sin embargo, que la pena esté determinada antes de la comisión del delito, y la doctrina española estima incluso que un marco penal excesivamente amplio es contrario a dicho principio.⁴⁸

Esta sentencia fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo. Este no admitió la argumentación de la Audiencia Nacional y en su sentencia de 1 de octubre de 2007 casó la sentencia que acabamos de comentar, por infracción de los principios de legalidad e irretroactividad. Afirmó, como había dicho la doctrina española, que los tribunales españoles sujetos a un principio de legalidad estricto no pueden aplicar delitos previstos en costumbres internacionales ni aplicar retroactivamente penas.

2.4. Prescripción/imprescriptibilidad

La sentencia de la AN contra Scilingo hace referencia a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en su fundamento jurídico 5.º. A pesar de que esta fue introducida en el CP español mucho después de la comisión de los hechos que se enjuician, lo cierto es que la AN no hace referencia alguna al precepto español, sino a la regulación de la imprescriptibilidad en tratados y en la costumbre internacional, y por lo tanto no entra en la discusión sobre si los preceptos que señalan los plazos de prescripción son normas penales o procesales en relación con el principio de irretroactividad.

El TS, al casar la sentencia de la Audiencia, no apeló a ninguna supuesta norma internacional consuetudinaria, sino que afirmó que los hechos no se hallaban prescritos según el derecho interno aplicable.

2.5. Jurisdicción universal

2.5.1. Delitos perseguibles según este principio

a) Genocidio

Parece claro que nuestra LOPJ establece la competencia por el principio de jurisdicción universal sin duda alguna sobre el delito de genocidio. Así lo han inter-

⁴⁸ Cerezo: o. cit., p. 207; Rodríguez Mourulo: en NEJ, t. XVI, Barcelona, 1971, p. 890; Grupo de Estudios de Política Criminal: o. cit., p. 32, en referencia a la escasa determinación de las penas en el Estatuto de Roma.

pretado, como hemos ido viendo a lo largo de las resoluciones comentadas (casos Chile-Argentina, Guatemala, Tíbet, Falun Gong), la AN, el TS y el TC, aunque algunas de estas decisiones hayan intentado poner límites al ejercicio de ese principio que comentaremos más adelante.

b) *Crímenes de guerra*

También admiten nuestros tribunales la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra cuando estos constituyan violaciones graves de los Convenios de Ginebra, por efecto de la interacción del artículo 23.4.i de la LOPJ con lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra, tal como lo ha reconocido el TS en el *caso Couso* (STS 11/12/2006) fundamentos jurídicos 7.º y 12.º *in fine*.

No creo, en cambio, que los tribunales españoles sean competentes por el principio de jurisdicción universal para la persecución de crímenes de guerra cometidos en conflictos internos, pues ni en los Convenios de Ginebra ni en el Protocolo II se establece la obligación para los Estados parte de perseguir estos delitos con independencia de su lugar de comisión.

c) *Torturas*

Más dudosa es la jurisdicción universal sobre el delito de torturas. Los jueces instructores de la AN no se han puesto de acuerdo: mientras Garzón la afirmaba en el *caso Chile-Argentina*, Ruiz Polanco la negaba en la instrucción del *caso Guatemala*, en mi opinión con mejor criterio. El TS, por su parte, la redujo al principio de personalidad pasiva.

En relación con el antiguo apartado *g* —hoy *i*— del artículo 23.4,⁴⁹ se pretendió argumentar la jurisdicción española, con base en el principio de justicia universal, sobre el delito de tortura, aludiendo al artículo 5 de la Convención contra la

⁴⁹ Propone una interpretación excesivamente amplia de este precepto, que en mi opinión es contraria a su tenor literal, García Sánchez: *Límites*, pp. 139 s., para quien este precepto debería incluir todos los delitos que afecten a intereses internacionales declarados por los tratados internacionales, ya sea expresa o tácitamente, y que hayan sido ratificados por España, lo que incluye la tortura. En mi opinión resulta evidente que el art. 23.4.i no extiende la jurisdicción de nuestros tribunales sobre todos los delitos contra intereses internacionales, sino solo sobre aquellos respecto de los cuales España haya adquirido el compromiso convencional de perseguirlos aun cuando se hayan cometido fuera de fronteras y por extranjeros, lo que solo sucede de momento respecto de las graves violaciones de los Convenios de Ginebra.

ALICIA GIL GIL

Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.⁵⁰ Sin embargo, en mi opinión este artículo no obliga a España a castigar el delito de tortura con independencia del lugar de su comisión, como sería necesario para aplicar la letra *i*, sino solo a juzgar en el caso de negarse una extradición que aquí no se ha solicitado (es precisamente el juez español el que solicita la extradición arrogándose la competencia).⁵¹ El juez de Instrucción de la AN Guillermo Ruiz Polanco tampoco estimó aplicable el artículo 5.2 de la Convención para fundamentar el principio de persecución universal de la tortura en el *caso Guatemala*.⁵² La AN, en los autos en que confirma la jurisdicción de los tribunales españoles en los casos de Chile y Argentina, no entra a analizar estos problemas y pasa de puntillas sobre el tema de la existencia o no de competencia de los tribunales españoles sobre el delito de torturas con base en la Convención de 1984.⁵³ El TS, en su sentencia de 25 de febrero de 2003 en el *caso*

⁵⁰ “Art. 5: 1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

“a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

“b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;

“c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

“2. Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

“3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

⁵¹ Gómez Benítez, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 64 ss., pero todos los textos y opiniones que cita defienden la capacidad, no la obligación, de los Estados de asumir la competencia por ese principio, mientras que para aplicar el apartado g debe tratarse de una obligación de asumir la competencia, no de una mera facultad. En su opinión, la obligación del art. 49 del I Convenio de Ginebra de hacer comparecer ante los tribunales propios a los autores de crímenes de guerra o entregarlos a otra parte para su enjuiciamiento es muy parecida a la obligación *aut dedere aut iudicare* que contiene la Convención contra la Tortura. Sin embargo, en mi opinión es clara la diferencia esencial entre ambos preceptos. El principio *aut dedere aut iudicare* no obliga a buscar a delincuentes que no están en poder del Estado y pedir su extradición para juzgarlos, mientras que el art. 49 sí. Por eso el apartado g es aplicable a los Convenios de Ginebra pero no a la tortura.

⁵² El Juzgado de Instrucción n.º 1 de la AN, en auto de 27 de marzo de 2000, había declarado su competencia para el conocimiento de los hechos y, en consecuencia, había desestimado la solicitud de archivo formulada por el Ministerio Fiscal. El auto del Juzgado de Instrucción defiende que de la documentación presentada por los demandantes se infiere que los hechos se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social (fundamento de derecho primero) y declara su competencia para conocer del delito de genocidio con base en el art. 23.4.a LOPJ (fundamento de derecho segundo). En cambio, respecto de los delitos de terrorismo y torturas dice que quedan integrados en el de genocidio, y en relación con las torturas afirma el juez instructor Guillermo Ruiz Polanco que en su opinión esta no es perseguible de forma autónoma “toda vez que la ausencia de pronunciamiento de la Ley Orgánica del Poder Judicial al respecto no puede llenarse con el contenido del art. 5.2 de la Convención de 1984, pues en el caso examinado no se da el concreto alcance jurisdiccional extraterritorial al que dicho precepto internacional se refiere” (fundamento de derecho segundo).

⁵³ Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998. Fundamento de derecho séptimo: “Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro Derecho, delito de persecución universal por la vía del art. 23, apartado 4, letra g), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el art. 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del art. 5, apartado 1, letra c), de la Convención citada, que

Guatemala, admite la competencia de los tribunales españoles por delitos de tortura, pero no por el principio de justicia universal sino por el de personalidad pasiva, por lo que la reduce a los casos de víctimas de nacionalidad española. El apoyo legal se encuentra, según el TS,⁵⁴ en el artículo 23.4.g —hoy *i*—, que otorga competencia a los tribunales españoles cuando España ha adquirido una obligación convencional de perseguir, que en este caso se encuentra recogida en el artículo 5.1.c de la Convención contra la Tortura. Pero lo cierto es que la Convención contra la Tortura tampoco obliga a castigar en caso de que la víctima sea nacional, sino que solo otorga en este caso la posibilidad al Estado de hacerlo si así lo considera conveniente,⁵⁵ con lo que, en puridad, no se trata de un supuesto comprendido en el artículo 23.4.i, en contra de lo sostenido por el TS.⁵⁶

d) *Crímenes contra la humanidad*

En relación con los crímenes contra la humanidad en general, la competencia de los tribunales españoles ha sido afirmada por la AN en la sentencia contra Scilingo sin base legal alguna para ello, pese a que este delito no ha sido introducido en la LOPJ, como la doctrina venía reclamando,⁵⁷ ni la obligación de su persecución universal viene dispuesta en ningún tratado internacional.⁵⁸ El TS, en su sentencia de 1

no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado 2 del art. 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario”.

⁵⁴ STS de 25 de febrero de 2003, fundamento duodécimo.

⁵⁵ Véase *supra* la nota 43.

⁵⁶ Así lo destaca también Rodríguez Ramos: “Límites de la jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos Pinochet y Guatemala)”, en *La Ley*, año XXIV, n.º 5788, 26 de mayo de 2003, pp. 2-3, en cuya opinión el TS ha procedido en esta sentencia a reconocer en nuestro ordenamiento un “inexistente principio de personalidad pasiva”.

⁵⁷ Grupo de Estudios de Política Criminal: o. cit., p. 57; Gil Gil: en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, art. cit., p. 513.

⁵⁸ Las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio y de jurisdicción de los tribunales penales españoles están recogidas en el art. 23 de la LOPJ de 1 de julio de 1985. La competencia de los tribunales españoles por el principio de jurisdicción universal se recoge en el punto 4 del citado artículo, en el que recientemente se ha añadido un nuevo apartado g que ha desplazado la cláusula general que anteriormente ocupaba esta letra al nuevo apartado i:

“4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

“a) Genocidio.

“b) Terrorismo.

“c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

“d) Falsificación de moneda extranjera.

“e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.

“f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

“g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

“h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España

ALICIA GIL GIL

de octubre de 2007, apreció la jurisdicción “por analogía”, lo que desde mi punto de vista infringe el principio de improrrogabilidad de la jurisdicción consagrado en los artículos 9.1, 9.6 y 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En mi opinión, mientras no se modifique la ley, los crímenes contra la humanidad solo serán perseguibles por los tribunales españoles cuando hayan sido cometidos en territorio español (artículo 23.1 de la LOPJ) o cuando, a pesar de haberse cometido en el extranjero, el autor tenga nacionalidad española (y concurren los requisitos establecidos en el artículo 23.2 de la LOPJ), o sea funcionario público español y haya actuado en el ejercicio de sus funciones (artículo 23.3 de la LOPJ), o la víctima sea una autoridad o un funcionario público español, el titular de la corona, su consorte, su sucesor o el regente (artículo 23.3 de la LOPJ).

Resulta imprescindible por ello que el legislador español complete el catálogo de crímenes perseguibles según el principio de jurisdicción universal, incluyendo los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra distintos de las violaciones graves de los Convenios de Ginebra.

2.6. La interpretación de la jurisdicción universal por el Tribunal Constitucional y conclusiones de la Audiencia Nacional

En el *caso Guatemala*, el TS había incluido como requisito de la jurisdicción universal la necesidad de un punto de conexión directo de los hechos cometidos fuera de nuestro territorio con intereses nacionales. En su opinión, cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, que afecte bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público (el principio de no intervención en asuntos de otros estados),⁵⁹ en los casos en que su proclamación no procede de una fuente reconocida en derecho internacional, sino que ha sido asumida únicamente por el derecho interno, como es el caso del genocidio.⁶⁰ Además, “la conexión deberá aparecer en relación

⁴⁾ Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

⁵⁹ Los límites a este principio en lo referente a hechos que afectan a derechos humanos solo operarían, según el TS, cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad internacional, y la posibilidad de intervención acordada en el Convenio contra el genocidio no es la jurisdicción universal, sino el recurso a los órganos competentes de las Naciones Unidas.

directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él [...] la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes en los que tal conexión no se aprecie”.⁶¹

La decisión del *caso Guatemala*, a pesar de contar con el voto en contra de un amplio número de magistrados, fue acogida en otras sentencias posteriores: el caso contra el general chileno *Hernán Julio Brady Roche*, STS de 8 de marzo de 2004,⁶² y el *caso Scilingo*, STS de 15 de noviembre de 2004,⁶³ con lo que puede decirse que ya había creado jurisprudencia, aunque lo cierto es que ambas sentencias relajaron algo la estricta interpretación de la sentencia *Guatemala*.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 ha anulado la STS de 25 de febrero de 2003, y con ello la jurisprudencia posterior basada en ella, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.⁶⁴ En esta sentencia el Tribunal Constitucional refuta con gran acierto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de persecución de crímenes internacionales según el principio de jurisdicción universal. Se rechaza el principio de subsidiariedad que manejó la Audiencia Nacional en el *caso Guatemala* y repitió en el *caso Scilingo*, que se sustituye por el de concurrencia, según el cual se debe ceder la competencia a una jurisdicción concurrente preferente, como la del territorio, pero ello no implica en ningún caso la obligación de que el denunciante acredite plenamente la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como pretendía la AN. Rechaza tam-

⁶⁰ El TS quiere fundamentar estos límites en la costumbre internacional, y para ello cita una serie de resoluciones de otros países y del TIJ, ninguna de las cuales, sin embargo, aborda el tema de la legalidad o los límites del ejercicio del principio de justicia universal en derecho internacional. En concreto se refiere, por ejemplo, al caso *Sharon* ante la Corte de Casación belga y al caso *Yerodia*, en el que el TIJ no entró en la cuestión de la competencia universal sino que se limitó a analizar el tema de la inmunidad, como bien señala el voto particular —en el mismo sentido, Henzelin: “La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l’arrêt Yerodia”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 2002, p. 820—. Como también destaca el voto particular, la sentencia desconoce otras muchas resoluciones de tribunales nacionales y del propio TIJ que han reconocido el principio de justicia universal sin estas limitaciones y que contradicen la pretendida costumbre alegada por el voto mayoritario.

⁶¹ Sobre esta sentencia y sobre el voto particular véase M. Llobet Angl: “El alcance del principio de Jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/ 2006, www.indret.com, pp. 4 ss.

⁶² STS n.º 319/2004.

⁶³ N.º 1362/2004.

⁶⁴ Un comentario a esta sentencia puede verse en Llobet Angl: art. cit. La citada autora considera la sentencia objetable (pp. 11 ss.), pues el principio de jurisdicción universal admitiría, en su opinión —y cree que así lo ha admitido también el TC—, una interpretación teleológico-restrictiva en su aplicación, la que exigiría un punto de conexión con intereses españoles pero interpretado de manera más laxa que como lo hizo el TS. Personalmente, la interpretación de esta autora de la sentencia del TC me parece forzada y no asumible, pero hay que recalcar que esta interpretación restrictiva que defiende no la considera aplicable a la regulación del principio en la legislación española actual, que establece un principio de jurisdicción universal absoluto, aunque propugna una limitación de *lege ferenda* (pp. 17 ss.), con citas de otros autores partidarios también de una limitación del principio (en las notas 39, 42 ss.).

ALICIA GIL GIL

bién el TC la existencia en derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral (no dispuesto en un convenio internacional) del principio de jurisdicción universal que argumentó el TS, y en especial rechaza la exigencia de un punto de conexión como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la exigencia de la presencia del acusado en territorio español.

Todos ellos son, según el TC, requisitos establecidos *contra legem* y contrarios al fundamento y los fines del principio de jurisdicción universal; los dos primeros además desnaturalizan el principio conduciendo a la derogación de facto del artículo 23.4 de la LOPJ.⁶⁵ Afirma con razón el TC que la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente, su persecución y sanción constituyen no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados, cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos.

Sin embargo, las mayores limitaciones al principio de justicia universal, más allá incluso de aquella interpretación restrictiva realizada por el TS, han sido introducidas por la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI. El artículo 7.2 de la LO de Cooperación dispone:

Quando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

A la vista de la sentencia del TC y de lo dispuesto en la Ley de Cooperación de la Corte Penal Internacional, la Audiencia Nacional, en un acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, celebrado conforme al artículo 264 de la

⁶⁵ El voto particular —fundamento séptimo— insiste en que se trata de una interpretación *contra legem* y que viene a derogar en la práctica el principio —fundamento undécimo—. Así lo había manifestado también la doctrina. Véase Cerezo Mir: o. cit., p. 256; Gil Gil: "Informe sobre España", cit., pp. 143, 188; Blanco Cordero, en *La Ley*, 23 de marzo de 2004, p. 5.

LOPJ con el fin de unificar criterios, decidió que en adelante, y en cumplimiento de la citada sentencia del TC, examinará de oficio su propia jurisdicción, examinará de oficio la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales y aceptará la jurisdicción, “salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”. La AN, en ejecución de la citada STC 237/2005, dictó nueva resolución en el *caso Guatemala*, admitiendo su competencia por auto 178/2006, de 16 de febrero, en el que sigue paso a paso el acuerdo comentado.

Sin embargo, en este acuerdo de la AN y en las resoluciones en que lo aplica surge un nuevo requisito de difícil fundamentación y más difícil interpretación: el del exceso o abuso por absoluta ajeneidad y falta de interés directo o relación. Parece que no se debe interpretar este requisito en sentido de exigir una proximidad geográfica o cultural con el lugar de los hechos denunciados o con las víctimas, pues tal requisito carecería de sentido y contradiría la doctrina del TC. Obviamente, hacer depender la jurisdicción del número de kilómetros que distan entre nuestro país y el lugar de comisión del delito hubiera sido un criterio arbitrario y absurdo. De hecho no se ha interpretado en tal sentido en los casos Tíbet y Falun Gong. Es más: en el auto posterior de 10 de enero de 2006 (*caso Tíbet*) la Audiencia matizó que este requisito se refiere exclusivamente a que no se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho, y no a que los hechos o el país en el que ocurran estén más o menos alejados de España. Más bien parece que la AN introdujo esta fórmula para poder rechazar querellas en las que se adivine desde el principio un mero interés político en los querellantes. Parece por tanto que a lo que se refiere la Audiencia es a que no se usen los tribunales españoles simplemente con fines políticos para atacar a un determinado gobierno o a un Estado. Se introduce, sin embargo, de esta manera un nuevo límite a la jurisdicción, de contornos bastante difusos.

La doctrina del TC que ha ampliado notablemente la interpretación al principio de jurisdicción universal ha sido contestada por el TS en la sentencia *Falun Gong*, de 20 de junio de 2006.⁶⁶ El 6 de junio de 2006 el Tribunal Supremo resolvió el recurso presentado contra la decisión de la Audiencia Nacional que había inadmitido

⁶⁶ Sobre esta sentencia véase Llobet Angli: o. cit., pp. 7 ss. La sentencia contiene incluso un voto particular suscrito por cinco magistrados que pretende que el TS no debe sujetarse a la jurisprudencia del TC en este caso, y otro voto particular de dos magistrados que coincide con el fallo pero no con la argumentación, ya que comparten plenamente la idea del Constitucional de que el principio de jurisdicción universal no debe ser limitado. Pueden verse resumidos en el comentario citado, p. 9.

ALICIA GIL GIL

a trámite la querrela presentada por 15 víctimas en septiembre del 2004. El TS terminó acatando la reciente doctrina del TC y obligó a la Audiencia a investigar los presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en China contra los seguidores del movimiento Falun Gong, pero criticó como equivocados los argumentos del TC a lo largo de 16 páginas.⁶⁷

2.7. Cumplimiento de órdenes de superiores, inmunidades, amnistías e indultos

2.7.1. *Obediencia debida*

La Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la alegación de actuar en obediencia debida en la sentencia contra Scilingo.⁶⁸ Resulta sorprendente que en una sentencia que aplica derecho penal español la AN no se pronuncie sobre la inaplicabilidad al caso de esta eximente tal y como se regula en nuestro derecho,⁶⁹ sino que se preocupa directa y exclusivamente de analizar su regulación en derecho internacional. Sin embargo, habría llegado a idéntica solución argumentando, como debía, que el ordenamiento español no admite un deber de obedecer órdenes de contenido delictivo.⁷⁰

2.7.2. *Amnistías e indultos*

La LOPJ no establece ninguna limitación al principio de territorialidad. En cambio, para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por los tribunales españoles se establecen determinados requisitos. En relación con el principio de justicia universal el único requisito es que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o que, en este último caso, no haya cumplido la condena. La AN hizo una interpretación estricta de este requisito, que le permitió no tener en cuenta las leyes argentinas de Punto Final y de Obediencia Debida con el argumento de que dichas leyes no establecían indultos⁷¹ sino que despenalizaban conductas:

⁶⁷ La respuesta resumida del TS a cada uno de los argumentos del TC puede verse en Llobet Anglès: o. cit., pp. 8 ss.

⁶⁸ SAN n.º 16/2005, de 19 de abril, fundamento jurídico 1.º, A. 6.

⁶⁹ Al respecto, Gil Gil: "España", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 378-379; ídem: Bases..., o. cit., pp. 92- 95.

⁷⁰ Sobre ello véase Gil Gil: "España", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 378-379; ídem: Bases..., o. cit., pp. 92- 95.

⁷¹ La amnistía consiste en una "derogación transitoria de la ley" mediante la que, a través de una ley general que beneficia a una pluralidad de sujetos, se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la

Las Leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y Obediencia Debida, han sido derogadas, si bien del documento presentado en el Juzgado por el recurrente Adolfo Francisco S., junto con escrito de fecha 17 de julio de este año (consistente en Resolución núm. 5/1998, del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de Argentina, de fecha 2 julio 1998, obrante a los folios 18.559 y siguientes del sumario, por la que se declaran extinguidas las acciones que pudieran corresponder contra dicho recurrente por su presunta participación en los delitos del art. 10 de la Ley 23049), resulta que dichas Leyes de Punto Final y Obediencia Debida son aplicadas y determinan la exención de responsabilidad que se declara, argumentándose que, aunque derogadas, esas Leyes ya han operado sus efectos y mantienen virtualidad por el principio de la ultractividad de la Ley penal más benigna o favorable. [...] Con independencia de que dichas Leyes puedan tenerse por contrarias al “ius cogens” internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras, en razón de no ejercicio de acción penal a partir de un determinado tiempo o en razón de la condición de sometido a jerarquía militar o funcional del sujeto activo. Vienen a despenalizar conductas, de modo que su aplicación no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero [letra c) del apartado 2 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en el caso de conducta no punible —a virtud de norma despenalizadora posterior— en el país de ejecución del delito [letra a) del mismo apartado 2 del art. 23 de la Ley citada], lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado 5 del tan aludido art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁷²

Es preciso recordar que el derecho español no menciona la amnistía⁷³ y prohíbe expresamente los indultos generales (artículo 62 de la CE).

iniciación de otros nuevos por los hechos que caen en la órbita de la amnistía. En cambio, mediante el indulto, que puede ser individual o general, se concede al penado una remisión total o parcial de la pena impuesta. A diferencia de lo que sucede en la amnistía, el indulto presupone, por tanto, una sentencia firme y la no cancelación de los antecedentes penales. Gracia Martín: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, 2000, pp. 281-282.

⁷² Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998, recurso de apelación n.º 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento jurídico 8.º: Cosa juzgada.

⁷³ Nada se dice en la Constitución sobre ella, y la doctrina se encuentra dividida en relación con su admisibilidad. Una parte entiende que su ejercicio no está prohibido y deberá ser regulado por la ley que la conceda (véanse Aguado Renedo: *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, 2001, pp. 82 ss., y Gracia Martín: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, 2000, p. 283, con ulteriores citas). Otros autores, en cambio, han llegado a afirmar que la amnistía está prohibida en nuestro derecho (véanse los autores citados por Aguado en la nota 97, p. 78).

ALICIA GIL GIL

2.7.3. Inmunidades

Aunque no puede encontrarse en derecho español ningún reconocimiento a la irresponsabilidad penal en razón del cargo por la comisión de un delito internacional,⁷⁴ la AN, en un auto de 4 de marzo de 1999, proclamó lo contrario. En dicho auto afirmó:

La jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos, (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrela se refiere) en cuanto a que uno de los querrellados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España la soberanía del pueblo cubano [...] Innecesario es decir que la solución anterior en nada contradice una reciente resolución de este mismo pleno, en el que el querrellado era el senador de la República de Chile General Pinochet, dado que no se trataba de un jefe de Estado extranjero, al haber cesado en dicho cargo cuando se desestimó el recurso contra la admisión de la querrela. [...] Se desestima el recurso, y ello aun cuando figuren en la querrela otros querrellados que indudablemente no tienen el carácter de jefes de Estado extranjeros. Ello es así por darse un claro supuesto de, en la realización de los hechos que relata la querrela y de ser ciertos los mismos de conexidad subjetiva con el principal querrellado [...] con la consecuencia de que todos deben de ser juzgados si así procediese en un mismo procedimiento, toda vez que la inmunidad del Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que declaramos no ha de ser solo directa, sino además, indirecta esto es evitando la repercusión que para aquel tendría el enjuiciamiento de los demás querrellados en proceso aparte.

En su decisión la Audiencia dice apoyarse, para reconocer la inviolabilidad de *Castro*, en el derecho internacional de los tratados y consuetudinario. Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el *caso Yerodia*,⁷⁵ en la que el TIJ afirma la existencia en el derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien exceptúa de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país los casos en que el propio Estado decide levantar la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, y la persecución ante jurisdicciones penales internacionales.⁷⁶

⁷⁴ Véase sobre ello Gil Gil: "España", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 382 ss.; ídem: Bases..., pp. 101 ss.

⁷⁵ CIJ, affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, 14 février 2002/04, <http://www.icj-cij.org>.

⁷⁶ Sobre las críticas que merece esta sentencia véase Henzelin: "L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice", en *Revue Pénale Suisse*, 2002, p. 251 ss.; Gil Gil: "España", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 384; ídem: Bases..., p. 103.

En cambio, no admiten nuestros tribunales ningún tipo de inviolabilidad ni inmunidad para ex jefes de Estado o de Gobierno,⁷⁷ como lo demuestran la persecución de Pinochet, de los gobiernos dictatoriales argentinos o del ex presidente chino en el *caso Tibet*, en el que la AN se ha declarado competente para juzgar a las antiguas autoridades chinas por el genocidio cometido contra la población tibetana.⁷⁸

La práctica de los tribunales españoles muestra además que la inviolabilidad no se extiende a cualquier autoridad estatal, sino que se limita, por los casos vistos hasta ahora, al jefe del Estado o de Gobierno en activo⁷⁹ o a los partícipes en un supuesto delito cometido por un jefe de Estado o de Gobierno en activo.⁸⁰ Fuera de la mencionada excepción, nuestros tribunales no han reconocido la inmunidad a otras autoridades que no son jefes de Estado o de Gobierno cuando se las acusa de crímenes internacionales. Así, también en relación con China, se ha abierto en España un nuevo caso por genocidio por la persecución de los miembros del movimiento Falun Gong.⁸¹ Las acusaciones se dirigen contra el actual presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino, que fue secretario del Comité Municipal de Pekín entre 1997 y 2002.⁸² Hay que señalar, sin embargo, que según la sentencia del TIJ en el *caso Yerodia*, y según la doctrina,⁸³ esta inmunidad se extiende también a los ministros de Asuntos Exteriores en activo.⁸⁴

⁷⁷ La decisión del TIJ en el caso *Yerodia* no establecía, en cambio, que una vez abandonado el cargo la inmunidad por razón de la materia, única subsistente cuando ya se ha perdido la inmunidad *rationae personae*, no se extienda a los crímenes internacionales. Crítico con esta decisión, véase Jorge Urbina: "Las inmunidades de jurisdicción penal de los órganos del Estado en el contexto de la represión de las violaciones del derecho internacional humanitario", en *Revista Española de Derecho Militar*, 86, julio-diciembre 2005, pp. 350 ss.

⁷⁸ Auto de la Sección 4.ª de la Sala de lo penal de la AN, de 10 de enero de 2006.

⁷⁹ A favor de esta limitación de la inmunidad de jurisdicción a los jefes de Estado y de Gobierno se manifiesta Carnerero Castilla, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n.º 16, 2003, p. 296. Añade este autor que la inmunidad cubre a todo aquel que ostente la máxima autoridad de cualquier Estado, independientemente de que haya accedido al cargo conforme las previsiones constitucionales o lo haya alcanzado quebrando la legalidad interna mediante un golpe de Estado, pues lo que verdaderamente importa estos efectos es que el interesado ejerza efectivamente las funciones propias de él. También apunta este autor, contra la insinuación realizada por el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 1999, que la inmunidad debe reconocerse aun en los casos en que España no mantenga relaciones diplomáticas con el Estado cuya jefatura ostenta el acusado (p. 297).

⁸⁰ Véase Carnerero Castilla: o. cit., pp. 296 ss., muy crítico con esta ampliación de los beneficiarios de la inmunidad.

⁸¹ El día 6 de junio de 2006 el Tribunal Supremo resolvió el recurso presentado contra la decisión de la Audiencia Nacional que había inadmitido a trámite la querrela presentada por 15 víctimas en septiembre de 2004, y acatando la reciente doctrina del TC, que sin embargo crítica como equivocada a lo largo de 16 páginas, obliga a la Audiencia a investigar los presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en China contra los seguidores del movimiento Falun Gong.

⁸² El gobierno chino ha protestado por esta decisión.

⁸³ Véase Urbina: o. cit., p. 322.

⁸⁴ Véase Torres Pérez: "Inmunidad de jurisdicción penal e impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002", en *Revista de Derecho de la Universidad de Valencia (Estudi General)*, n.º 1, noviembre 2002.

ALICIA GIL GIL

Puede afirmarse que la Audiencia Nacional reconoce inmunidad absoluta a los jefes de Estado y de Gobierno en activo y se la niega sin excepciones a quienes ya han dejado de serlo o a otro tipo de agentes estatales cuando son acusados de crímenes internacionales.⁸⁵ Parece con ello seguir la interpretación de la existencia de inmunidades personales absolutas para jefes de Estado y de Gobierno (no se ha pronunciado sobre los ministros de Asuntos Exteriores) durante el tiempo de ejercicio de su cargo e inmunidades por razón de la materia, perpetuas pero limitadas a los actos públicos y de las que quedarían excluidos los crímenes internacionales.

⁸⁵ Carnerero Castilla: o. cit., p. 299.