

**Audiencia Nacional Española, sentencia num.16/2005, 19 de abril de 2005,
Scilingo. (Extractos)**

[...]

2. 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), dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, considerando que, en todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; 2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

[...]

En relación con estas normas de derecho penal internacional, en general, cabe decir que, entre otras razones, por su carácter predominantemente consuetudinario, al menos en sus orígenes, establecen prohibiciones o fijan de manera mas o menos clara núcleos de conductas penalmente reprochables, pero sin, normalmente, establecer ni la sanción penal, ni los procedimientos para imponer ésta, ni la jurisdicción encargada de hacerlo, etc... Su positivización, traslación o recepción en el derecho interno implica grandes dilemas en el sentido de si, efectivamente, el resultado, como en cualquier otra clase de norma interna, y pese a responder y traer causa de un derecho penal preexistente de carácter internacional y con validez *erga omnes* reconocida, debe proyectar su vigencia solo hacia el futuro, sin poder abarcar su aplicación a situaciones pasadas, de manera diferente a lo que ocurre con la norma internacional ya existente, y si su validez *erga omnes* queda aminorada a los límites territoriales del Estado o por el contrario lo hace sobre el conjunto de la humanidad y se refiere a cualquier tipo de conducta con independencia de donde ésta se produzca, tal como ocurría con la norma internacional, y por último, y si la respuesta a la anterior pregunta se inclina por reconocer la universalidad de su vigencia, si cabe, y en ese caso, de que manera, y en que condiciones, la persecución de estos delitos no únicamente por la jurisdicción del lugar de acaecimiento, haciendo posible la aplicación de otros criterios diferentes al de territorialidad en la persecución penal o mas específicamente, si permite abiertamente el de persecución universal de esta clase de delitos.

Llegado a este punto, estimamos que debemos avanzar la afirmación, que luego se desarrollará, de que la singularidad de la clase de normas que se aplica, en aspectos esenciales de la mismas, requieren un radical replanteamiento del tema, hasta el punto de que, como se verá, son normas que necesariamente requieren un esfuerzo de reinterpretación de los efectos tradicionales de los principios penales clásicos, y sin llegar a afirmar que deban regirse por otros principios distintos, si se deben adoptar soluciones diferentes, pero sin estar en contra de la esencia de tales principios clásicos.

Este Tribunal, tratando de dar respuesta a los interrogantes anteriormente planteados, hace las siguientes reflexiones generales en relación con la aplicación de las normas internas e internacionales: En primer lugar, que en la aplicación del derecho queda vinculado tanto por la norma interna como por la internacional. Que dentro de las normas internacionales existen diferentes clases y que en el caso de las normas internacionales convencionales éstas se incorporan a nuestro derecho y forman parte del ordenamiento jurídico en la forma prevista en la Constitución. Dentro de estas normas las hay que requieren a su vez de específicas normas de carácter interno de adaptación y otras que por el contrario son self-executing y permiten su directa aplicación sin necesidad de otras normas ulteriores. Que resulta cierto que la aplicación de la norma interna por sus características y tras la correspondiente labor aplicativa, es decir, de determinación, elección e interpretación de la norma, no plantea en general otros problemas. Sin embargo, en relación con las normas internacionales no convencionales se plantean importantes problemas, entre ellos el de la obligatoriedad general de dichas normas, siendo consciente el Tribunal que este problema admite diversas respuestas en función de las clases de normas de que se trate. En el caso de normas penales integradas en el *ius cogens* internacional, el problema es cómo se aplican éstas por el juez en el caso de que no vengan expresamente recogidas en el ordenamiento interno y, sobre todo en este caso, y partiendo de la obligatoriedad de la aplicación de estas normas, cual es su contenido, tanto en la fijación de las conductas, como en el de la pena a imponer. La respuesta, nos tememos, es que por mucho que se reconozca la validez universal o *erga omnes* de dichas normas, si no están expresamente recogidas en el derecho interno resultan de facto inaplicadas y posiblemente desde un punto de vista técnico inaplicables, no pasando de ser algo parecido a un derecho puramente simbólico, a no ser que terminen incorporándose al ordenamiento interno, en cuyo caso, la pregunta es: ¿Cuándo entró en vigor la prohibición o mandato que contienen? Por tanto, el interrogante se plantea en los términos de que si, en efecto, existen normas de derecho interno que recogen las internacionales, cómo operan estas normas, si lo hacen siguiendo de todo punto la interpretación tradicional de los principios clásicos del derecho penal o existen situaciones en las que deben compatibilizarse ambos derechos bajo la supremacía del Derecho internacional.

Ya hemos anticipado que dichas normas internas ostentan a nuestro juicio, sino una naturaleza jurídica especial, sí características propias que las diferencian de otras, en cuanto que representan o incorporan a otras normas de derecho internacional penal preexistentes. Es más, cabría asimilarlas en algún extremo a las normas (secundarias) de adaptación de la norma de derecho internacional, dotándoles en algún caso de naturaleza semejante a las de las normas de adaptación de los tratados internacionales non *self-executing*. Estimamos que el carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria “per se” o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos.

2. CARÁCTER UNIVERSAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.

Las reflexiones que anteceden tiene como punto de partida el carácter Universal de los crímenes contra la humanidad, sobre el ya hemos tenido ocasión de tratar anteriormente desde otra perspectiva.

Al Tribunal no le cabe ninguna duda de que hay una *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe el genocidio, la trata de esclavos o la agresión o, en general, los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, a este respecto consideramos por si cupiera alguna duda hacer un breve desarrollo de este tema, en cuanto al origen y desarrollo de esta clase de crímenes en el ámbito internacional.

2.1 Origen de los crímenes contra la humanidad. Sin querer hacer un exposición detallada del origen y su precedentes en el derecho humanitario de guerra, Cláusula Martens, etc., si tenemos que señalar que, tal como pone de manifiesto la totalidad de la doctrina internacionalista, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg, creado para juzgar y castigar a los grandes criminales de guerra de los países europeos del Eje tras la II Guerra mundial, fue el primer instrumento jurídico que definió, en su artículo 6 c), los «crímenes contra la humanidad» en el Derecho internacional positivo.

Los procesos de Nuremberg aplicaron dicho Estatuto, imputaron a individuos una responsabilidad penal, y condenaron por la comisión de «crímenes contra la humanidad». Sin embargo, es verdad que en su etapa inicial este delito estaba vinculado al desarrollo de la guerra. Tampoco entonces estaba claramente establecido que entrara en el ámbito del Derecho internacional consuetudinario, especialmente cuando no estaba vinculado a actos de guerra. Progresivamente la idea de la aplicabilidad universal y su desvinculación de las situaciones de guerra terminó por imponerse. Con la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, fueron explícitamente confirmados los «principios de Derecho internacional reconocidos por el régimen jurídico del Tribunal de Nuremberg y por la sentencia de este Tribunal»; su formulación fue confiada a la Comisión de Derecho internacional «en el marco de una codificación general de los crímenes cometidos contra la paz y la seguridad de la humanidad o en el marco de un Código de Derecho penal internacional». Esta resolución daba testimonio de los puntos de vista predominantes y de la práctica de los Estados en cuanto a los principios en cuestión y suministraba a este respecto un apoyo jurídico sólido a la afirmación según la cual eran parte integrante del Derecho internacional consuetudinario. La opinión según la cual los principios de Nuremberg entrarían en el ámbito del Derecho internacional consuetudinario estimamos que ha pasado a considerarse indiscutible tras la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 que proclamaba la necesidad de una cooperación internacional en lo que respecta a la detección, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Se puede añadir aquí que, en muchas resoluciones dictadas por los tribunales penales internacionales «ad hoc» actuales, se ha afirmado y aceptado la tesis de que «desde el Estatuto de Nuremberg, el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal individual por su perpetración no han sido seriamente discutidos (Asunto Tadic del ICTY)»

Desde entonces se ha ido produciendo una importante evolución, de la que no creemos necesario dejar constancia en esta resolución, que ha venido a determinar que el crimen contra la humanidad sea, en la actualidad, un crimen de naturaleza mixta, convencional (Estatuto de la Corte Penal internacional, Tratados de Derechos Humanos, Tratado de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, jurisprudencia internacional etc..) y consuetudinaria (práctica interna y opinio iuris de los Estados), lo que implica la interacción de dos clases de normas, lo que estimamos, como veremos después, que tiene importantes efectos en materia de legalidad penal.

Hemos visto con anterioridad, que desde esta doble naturaleza, actualmente convencional y consuetudinaria, esta clase de crimen se caracteriza por ser, en su consideración internacional, la comisión sistemática o a gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de un conjunto de actos criminales. Lo

relevante es, pues, la existencia de un plan o política preconcebidos que no deben producirse necesariamente en tiempos de guerra.

Desde el punto de vista del sujeto activo, la exigencia en el tipo de ataque contra la población civil viene a representar 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". También la exigencia de ataques masivos o sistemáticos o que se ejerzan en el marco de una política o plan estatal.

Estas circunstancias o características del Sujeto activo del delito, en definitiva, que se trate de un grupo que actúa desde el poder o que neutraliza al poder legítimo, es uno de los elementos que a nuestro juicio internacionaliza a esta clase de delitos y lo convierten en crimen contra la humanidad. La razón de la utilidad de la existencia de los crímenes contra la humanidad es precisamente garantizar su persecución precisamente por las dificultades extremas o imposibilidad de su persecución interna. Por lo tanto, una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad es su perseguibilidad internacional más allá del principio de territorialidad.

2.2. Complementariamente a las referencias a la "opinio iuris internacional" deducida de otros actos en el ámbito internacional expuestos con anterioridad, consideramos interesante hacer referencia a los precedentes de aplicación por diferentes Estados del art. 6(c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, ya que la importante conclusión que es necesario sacar de cara a la aplicabilidad universal de este precepto es que además de haber sido aplicado directamente por los tribunales aliados después de la II Guerra Mundial, también lo ha sido, más recientemente, en el ámbito internacional, por:

- en 1961, por el Tribunal del distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel en el Caso Eichmann.
- en 1971, por los tribunales de Bangladesh en el caso de la solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán "por actos de genocidio y crímenes contra la Humanidad".
- en 1981, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos, en el asunto *Menten*.
- en 1983, por el Tribunal de Casación de Francia en el caso *Barbie*, que fundamenta la aplicación del citado art. 6.c) en los siguientes criterios, perfectamente válidos también para el presente caso:

a) esta inculpación pertenece a "un orden represivo internacional al que le es fundamentalmente ajena la noción de frontera"

b) la adhesión de Francia (en el presente caso España) a este orden represivo,

c) la consagración, por la resolución de 13.II.1946 de la Asamblea General de la ONU, de la definición de crímenes contra la Humanidad que figura en el estatuto del Tribunal de Nuremberg,

d) la recomendación de las Naciones Unidas a los Estados, en esta resolución, de perseguir o extraditar a los autores de tales crímenes,

e) la conformidad de tales textos con los arts. 15.2. del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos (y al art. 7.2 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos), que afirman que el principio de irretroactividad de las leyes penales no se opone a la persecución y condena de personas por hechos reputados como “criminales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de las naciones”.

- en 1989, por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá) en el caso Finta.

2.3. Estimamos que, con independencia de lo que definitivamente pueda acontecer en el ámbito normativo interno, de lo que seguiremos tratando después, no cabe ninguna duda de que este tipo criminal internacional, que genera responsabilidad penal individual, está vigente en Derecho internacional desde hace décadas, y en todo caso sería aplicable al conjunto de la represión en Argentina, de conformidad con el principio de derecho intertemporal *tempus regit actum*, visto desde la óptica del Derecho internacional.

3. CONSECUENCIAS DIRECTAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL PENAL INTERNACIONAL POR CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.

Estimamos necesario aquí hacer algunas reflexiones sobre el principio general de aplicabilidad directa del derecho internacional respecto a la responsabilidad individual penal internacional por crímenes contra la Humanidad (y los de más grave trascendencia para la comunidad Internacional) y sus consecuencias aplicables al presente caso.

Ya hemos expuesto suficientemente de que manera el Derecho Internacional ha evolucionado en las últimas décadas de tal forma que en la actualidad los grandes crímenes internacionales (crímenes de guerra, crimen de agresión, crimen contra la Humanidad, crímenes de guerra) **generan responsabilidad individual penal (principio de responsabilidad individual penal), que no sólo existe en virtud de la actuación del principio de territorialidad penal, sino que es propiamente internacional.** Es decir, de ello debemos extraer una doble consecuencia:

- Son de general observación y constituyen normas penales universales fuentes de obligaciones penales individuales, sancionable jurídicamente la trasgresión de su prohibición o mandato.
- Determina una excepción al principio de territorialidad, a favor de la competencia *uti universi* de los tribunales internos, en determinados supuestos, constituyendo un título válido internacionalmente para ejercer la propia jurisdicción, sin que suponga un acto *ultra vires* o más allá de las competencias del Estado en concreto.

Como ya hemos indicado desde los juicios de Nuremberg se ha reconocido en la esfera internacional que existían deberes que incumbían a los individuos en virtud del Derecho internacional y que puede castigarse a los individuos por violar el derecho internacional (de ahí unos autores deducen que el individuo es sujeto de derecho internacional, si bien con una subjetividad limitada y funcional, que deriva de esta responsabilidad, por un lado, y del reconocimiento de derechos humanos en tratados y de su legitimación activa internacional frente al Estado, en otros).

Este principio general de responsabilidad directa, supone, como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), **la Autonomía del Derecho internacional en la tipificación penal de los crímenes contra la humanidad, así como la supremacía del Derecho penal internacional sobre el derecho nacional en el contexto de las obligaciones internacionales de los individuos**. La esencia del Estatuto de Nuremberg y de los principios que allí germinaron era que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por cada Estado. Esto se ha de considerar de aplicación únicamente en relación con los cuatro grandes crímenes antes citados, sobre los que hay consenso en la Comunidad Internacional.

La piedra angular, por tanto, del derecho penal internacional la constituye el principio general de responsabilidad individual, aplicable sólo a personas naturales (no prejuzga la responsabilidad del Estado, que no es penal sino “internacional” *strictu sensu*).

Según este principio, la responsabilidad penal abarca a todas las personas de la jerarquía que en él han tenido algún grado de participación y por hechos consumados, intentados o planificados, según el sistema del derecho penal clásico. Así, los penalmente responsables de un crimen, salvo agresión en –que lo son los planificadores, preparadores, desencadenantes u ordenantes-, son los que lo comenten por acción u omisión. El que lo ordena, responsabilidad del superior, cuando se “comente o intenta cometer” el crimen y lo ha ordenado o no lo ha impedido o reprimido; el cómplice que ha proporcionado apoyo para la comisión de tal crimen; el planificador de tal crimen, es decir el que ha participado en el plan o confabulación para cometer tal crimen, es decir que ha participado directamente en la

formulación de una política criminal, o haciendo suyo el plan propuesto por otra persona (por ejemplo: funcionarios, mandos militares..); el que induce o instiga a la comisión por otro (eje: periodistas de la muerte), el que haya intentado cometer tal crimen (tentativa), pero no se ha consumado por algún factor ajeno etc.. El que actúa bajo las órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no se ve eximido de responsabilidad criminal. El principio de responsabilidad de los mandos determina la responsabilidad del superior jerárquico si éstos contribuyen directamente a la perpetración de un crimen (lo ordenan), pero también si contribuyen indirectamente a la realización del mismo (si no lo impiden o no reprimen una conducta ilegal).

4. EL PROBLEMA DE LA TIPICIDAD, “LEX CERTA”, E IRRETROACTIVIDAD DE LA NORMA PENAL APLICABLE.

Como ya avanzamos en su momento, el primer y aparentemente mayor problema, que inmediatamente vamos a tratar, para la aplicación del precepto penal contenido en el art.607 bis del CP referido a los crímenes de lesa humanidad lo constituye el de su no vigencia en el momento de la producción de los hechos dada su reciente incorporación al derecho positivo español. El Art. 9.3 de la CE, al garantizar el principio de legalidad también se refiere al de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras mas favorables. El Art. 25 CE, expresamente establece que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito ... según la legislación vigente en aquel momento”. Se plantean, pues, varios problemas relacionados con el principio de legalidad y tipicidad de las normas penales: retroactividad, certeza y previsibilidad de la norma penal aplicable.

La correcta resolución de estos problemas requiere ser abordados individualizadamente, que ordenamos de mayor a menor en cuanto a la aparente entidad de los mismos, no en cuanto a su dificultad, sino como decimos en cuanto a su verdadera entidad o importancia: En primer lugar, desde la perspectiva mas elemental referida a la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos. En segundo el engarce entre el derecho internacional y el interno. La existencia o no de norma interna. Por último, la aplicabilidad “retroactiva” del vigente art. 607 bis del CP para la calificación jurídico penal de los hechos.

1).1. En cuanto al primero de los problemas, que hemos enunciado como el de la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos, consideramos que ha quedado suficientemente resuelto con lo que hasta ahora venimos diciendo y que es el hilo conductor de estos razonamientos. Partimos de la prohibición penalmente

sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los Estados al ser un norma de “ius cogens” internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas, como tampoco, como veremos, que sean inciertas o imprevisibles ni en el mandato o prohibición que contienen ni en el de la pena a aplicar

1).2. En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el Derecho internacional se articula como de *nullum crime sine iure*, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos. En este ámbito la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura hasta que se produce su codificación.

El precedente de la anterior afirmación esta en los juicios del Tribunal de Nuremberg que no se limitó a juzgar y a condenar los crímenes de guerra que eran los convencionalmente preexistentes, sino que se crearon nuevas categorías de delitos evitando que muchas otras conductas distintas de los crímenes de guerra quedaran fuera: los crímenes contra la paz (hoy de agresión) y el crimen contra la humanidad. El argumento utilizado fue que debía ceder el principio de *nullum crimen sine lege* cuando representaría una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces. El art. 6 del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, que pretendía dar un salto definitivo en la lucha contra la barbarie al pretender la condena a nivel internacional lo que hasta ese momento estaba condenado solamente por los derechos estatales, y no en todos, se basa en criterios ético jurídicos para salvar el escollo que representa la falta de tipificación penal previa y puede decirse que deja de aplicar en sentido estricto el principio de legalidad. El art. 6, c relativo a los crímenes contra la Humanidad actuaba como “norma de cierre”, que se proponía cerrar la salida a las posibles escapatorias destinadas a obstaculizar al castigo de los autores de graves atropellos. Esta norma que vulneraba desde el punto de vista penal clásico el principio de legalidad y el principio de no retroactividad de las normas penales, fue sin embargo calificado como “monumento de la civilización jurídica moderna”, “punto de referencia en la lucha contra la barbarie”. Detrás del art. 6 están Auschwitz, Mathausen, Ravensbrück, Treblinka, etc..(A. Cassese).

Pero hay otros argumentos derivados del propio desarrollo actual del Derecho internacional y de la significación de la noción de comunidad internacional.

En primer lugar indicar, se debe evitar que un principio que nació con el objeto de proteger al individuo frente al poder absoluto del Estado se convierta en una barrera protectora que proteja a un ataca masivamente los derechos mas elementales de los ciudadanos.

En segundo lugar, que difícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando en el Derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia (internacional) desde hace ya muchas décadas. Que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas.

1).3 La naturaleza mixta que en la actualidad tiene los delitos contra la humanidad, convencional y consuetudinaria, produce unos determinados efectos como consecuencia de la interacción de normas internacionales de varias clases. La cristalización en normas escritas añade un importante plus de taxatividad y de previsibilidad a la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional. El Estatuto del CPI, del ICTY y Ruanda ha venido a recoger aquellas normas que incuestionablemente forman parte del "ius cogens" internacional y vienen a definir el "nucleo esencial" de la conducta prohibida u ordenada, al menos desde el punto de vista de la garantía criminal estrictu sensu, aunque estimamos que, al menos en lo que se refiere al Estatuto del CPI, también desde la perspectiva de la garantía penal.

1).4 Retomamos la idea ya avanzado de la necesidad de hacer una reinterpretación del principio de legalidad, también en cuanto a su aplicabilidad en derecho penal internacional.

No vamos a exponer aquí por no estimarlos útiles los fundamentos ni los pormenores del debate sobre la aplicabilidad o no de este principio en el ámbito del derecho penal internacional, aunque ya avanzamos en su momento una formulación propia y distinta de este principio en su aplicación a las normas penales internacionales. Nos conformamos con enunciar, como hacemos, la existencia del debate mismo. No obstante, si nos ha resultado muy interesante y sugerente la tesis de Kelsen de negación de la vigencia de este principio en el ámbito internacional, planteada la cuestión desde un punto de vista externo al propio debate, sobre la base precisamente del avance que representa la responsabilidad individual o personal en tales clases de hechos en relación con la situación anterior.

Sin embargo, nosotros preferimos decantarnos simplemente por mantener aquí en relación con el caso concreto que se enjuicia una tesis intermedia de necesidad de reinterpretación del principio de legalidad en materia penal internacional o de formulación del principio en la forma indicada.

Hemos de tener en cuenta que el principio “nulum crimen sine lege”, es, se trata, de un principio de justicia superior. Expresa ante todo un principio de justicia y no puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto. En definitiva hemos de decir aquí que desde una perspectiva internacional, existía en el momento de la producción de los hechos normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas a cabo durante la dictadura militar argentina por militares, fuerzas de seguridad del estado y civiles en la llamada lucha contra la subversión, aunque ciertamente la tipificación de dichas conductas basadas fundamentalmente en el Art. 6 c del Estatuto de Nuremberg no tuvieran una absoluta precisión en los tipos y la tipificación de la contenida en el Convenio contra el Genocidio de 1958 no le fuera absolutamente aplicable. Sin embargo, ya existían suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que esas conductas eran constitutivas de un crimen contra la humanidad e iban no solo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional por lo que, al margen de las posibles consecuencias o responsabilidad internacional del Estado argentino, en virtud del principio de responsabilidad individual, también les era exigibles a sus autores y partícipes responsabilidad penal internacional por ese tipo de conductas.

Consideramos, por tanto, que aunque posteriormente se haya producido una tipificación de este tipo de conductas en el ámbito internacional mediante su cristalización en tratados internacionales, ello simplemente añade un plus de taxatividad y de certeza a la previsibilidad general de la conducta prohibida u ordenada, por lo que no existen sólidas razones para negar el respeto del principio de legalidad, al menos en su manifestación de garantía criminal, a no ser que se haga una interpretación falsa y desviada de dicho principio.

1).5 Complementariamente y quizá en otra línea argumentativa consideramos resulta ilustrativo hacer referencia al propio texto del Artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al principio de legalidad penal que viene establecer que: *1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su*

comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

En dicho artículo se contiene una interesante y completa regulación del principio de legalidad penal y que, como se aprecia, hace referencia expresa al Derecho Internacional como fuente de Derecho Penal, mas allá del derecho penal interno y conviviendo con él; haciéndose en el párrafo segundo de dicho artículo, a modo de salvedad, una directa referencia a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, dejando claro que la recta aplicación de este principio no pasa por eximir de persecución penal a los culpables de los crímenes mas graves contra la humanidad, ni en definitiva a los Estados de ampararse en este artículo para dejar de cumplir sus obligaciones positivas de defensa y protección de los derechos humanos de carácter fundamental reconocidos en el CEDH, lo que en si mismo también ha sido considerado por el TEDH en algunos casos mas graves referidos a los derechos de protección absoluta –art. 2,3,4,- como violación del propio derecho.

El párrafo 2º del art. 15 del Pacto Internacional (Naciones Unidas) de Derechos Civiles y políticos, después de consagrar en el párrafo 1º el principio de legalidad y de irretroactividad de las normas penales, establece que: *“Nada de lo dispuesto en ese artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios general del derecho reconocidos por la comunidad internacional”*. Es decir queda la salvedad hecha precisamente a la existencia de delitos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, lo que estimamos implica mucha mas inconcreción de la actualmente existente e incluso de la ya existente en el momento de los hechos.

1).6 Sin embargo, complementariamente, en esta misma línea de argumentación, debemos hacer referencia al planteamiento y solución del tema que se hace en la ST del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 marzo 2001 en el Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania desde la perspectiva de la aplicación del referido art. 7 y ante la posible vulneración del referido artículo, según fue alegado, por parte de la ST de 03.11.1982 del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en el conocido caso de los "disparos del muro de Berlín", de tenor menos internacionalista y que analizando la adecuación del derecho finalmente aplicable al principio de legalidad, hace referencia especialmente al conocimiento concreto del carácter penalmente sancionable de determinadas conductas y previsibilidad de sanción penal para ellas en función de parámetros de tipos y mandatos constitucionales internos y de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos como pautas de conducta. (La Sentencia “ha

considerado que los interesados fueron condenados por actos que, en la época en que se cometieron, constituían delitos definidos con una accesibilidad y previsibilidad suficientes por las normas internacionales relativas a la protección de los derechos humanos. A este respecto, la mayoría se ha basado en las normas del Derecho internacional relativas a la protección del derecho a la vida y de la libertad de circulación. En lo que respecta a si los demandantes podían tener una responsabilidad penal individual por la violación de estas normas, se ha basado en el artículo 95 del Código Penal de la RDA, que preveía una responsabilidad penal individual para los que infringieran las obligaciones internacionales de la RDA, los derechos humanos y las libertades fundamentales. En otras palabras, para determinar si el comportamiento de los demandantes constituía un «delito según el Derecho internacional», la mayoría invocó las obligaciones que vinculaban al Estado de la RDA en virtud del Derecho internacional y, para indicar la responsabilidad penal individual de los interesados, se basó en el Derecho interno de la RDA.” Voto particular a dicha Sentencia del Juez Sr. Loucaides).

1).7. Haciendo traslación al presente caso de la anterior doctrina, aunque compartimos totalmente el punto de vista internacionalista expresado por del Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Sr. Loucaides, en cuyo voto particular tiene clara inspiración esta resolución, hemos de decir que el problema de la vigencia del principio de legalidad debe abordarse en la práctica, es decir desde la perspectiva del juez aplicador del derecho, desde el punto de vista mas próximo de la norma de derecho penal aplicable al caso, que incuestionablemente, al menos de forma inmediata, no es otro que el del derecho positivo interno español, que es el que implica un mandato directo a los jueces, aunque sea cierto que ante la singularidad del caso, al referirse a actos realizados en el ámbito territorial de otro Estado, por individuo de esa nacionalidad, el derecho finalmente a tener en cuenta a efectos de analizar y valorar la certeza y previsibilidad de la prohibición penal ha de ser el derecho penal que le era directa e indiscutiblemente aplicable.

1).8. Con respecto a ello, con carácter general hemos de decir que, por una parte, las normas Internacionales que obligan al respeto de los Derechos Humanos mas elementales obligaban a su Estado, a sus instituciones y ciudadanos a su cumplimiento sin excepción y que no eran factibles ni legales normas u ordenes que vulneraran estos derechos. La propia Constitución Nacional argentina vigente reconocía esos derechos. No existía ninguna razón legítima para la derogación de esos derechos. No existía un estado de guerra declarada, que hubiera dado lugar a la correspondiente legalidad aplicable incluso en materia de derechos humanos en caso de guerra, y la lucha contra la subversión podría acarrear dentro de las previsiones constitucionales la derogación de ciertos derechos, como decimos dentro de un marco de legalidad, pero no puede ser legítimamente alegado por el acusado ni por ninguna otra persona el desconocimiento de que conductas consistentes en causación de muertes, lesiones, secuestros, detenciones ilegales, torturas, tormentos, violaciones, sustracción de

menores, expolio de bienes, etc..., en el contexto de una actividad organizada y de actuación generalizado contra determinadas personas tachadas de sospechosos de ser subversivos, constituían un masivo y sistemático ataque a los derechos humanos mas elementales absolutamente ilegítimo e injustificable en cualquier circunstancia de tiempo de guerra, o de paz o en la franja intermedia de una dictadura militar instaurada después de la usurpación del poder al legítimamente constituido. Ninguna clase de norma u orden podía justificar dicha situación. Por supuesto, no existieron normas legítimamente promulgadas que permitieran esa situación, que desde luego no hubieran constituido derecho válido en el sentido expresado por Radbruch (Derecho injusto, derecho nulo) si se hubieran promulgado. Pero tampoco la existencia del principio general de obediencia del inferior al superior podría tampoco justificar de ninguna manera el cumplimiento de ordenes esencialmente injustas. Además de esas específicas normas de proclamación de la vigencia de los derechos humanos y de la obligación por parte de todos los Estados de su respeto, no se pueden olvidar, ni en el caso de que se siga esta otra línea alternativa de razonamiento, la existencia de ese Derecho Penal internacional sino en la parte consuetudinaria mas difusa, si en la parte codificada, y nos referimos al derecho penal internacional, tanto humanitario como en tiempo de paz, en cuanto que los dos constituyen referencia aplicable de conductas de ataque a los derechos absolutamente inadmisibles e internacionalmente prohibidas.

De manera mas específica, descendiendo al plano de la responsabilidad individual, en este caso del acusado, hemos de constatar aquí la certeza y previsibilidad de las conductas anteriormente referidas, tanto a la descripción penal, como a las penas aplicables según el derecho penal interno argentino aplicable en la época, aunque no existiera un específico delito de lesa humanidad.

Al respecto, no podemos por menos que traer a esta resolución la calificación jurídica de las referidas conductas y tal como fue realizada por la jurisdicción argentina en la Causa 13/84, en tiempo inmediato a la causación de los hechos:

En lo referido a las Detenciones ilegales, dicha sentencia expresa:

“ Las privaciones ilegales de la libertad que se dieron por acreditadas configuran el tipo previsto en el artículo 144 bis, inciso 1, agravado por la circunstancia señalada en el último párrafo de esta norma en función del art. 142, inc. 1, todos del Código Penal en su actual redacción.

El citado 144 bis obedece al texto de la ley 14.616, cuya penalidad no fue objeto de modificación por las leyes 21.338 y 23.077.

Los hechos que fueron motivo de análisis, debido a los caracteres de la aprehensión, presentaron el común denominador de tratarse de detenciones ordenadas por funcionarios públicos que abusaron de sus funciones y no guardaron las formalidades prescriptas por la ley.

Esta violación contra la libertad individual (artículo 18 de la Constitución Nacional) se ve agravada por haber mediado violencias y amenazas, teniendo en cuenta tanto la "vis absoluta" como la "vis moral" ejercidas sobre las víctimas.

Fue característica de todos estos hechos la actuación de grupos de persona armadas que respondieron al comando operacional de algunas de las tres fuerzas--vestidas de uniforme o de civil--que luego de ingresar en los domicilios de las víctimas, o de interceptarlas en la vía pública, o de individualizarlas a la salida de sus trabajos, las reducían con el blandir de sus armas o con la acción física directa, muchas veces en medio de procedimientos espectaculares, y las conducían a centros clandestinos de detención. Nunca mediaron órdenes de detención ni allanamientos expedidas por autoridades competentes.

Por otro lado, también, fue objeto de prueba concluyente que la permanencia en los lugares de cautiverio se caracterizó por el sometimiento de los reducidos a interrogatorios acompañados de tormentos y por circunstancias de vida ultrajantes a la condición humana."

En relación con las Torturas y vejaciones a los cautivos:

"Ha quedado acreditado que a gran parte de los cautivos se los sometió a distintos tipos de vejaciones físicas con el propósito de obtener información, en algunos casos, o de quebrar su fuerza de voluntad, en otros, cuando ya no había datos que obtener.

Ya se hizo referencia a las características de las torturas infligidas, a sus motivaciones y al estado de total indefensión en que se encontraban las víctimas, estado que les era continuamente recordado manifestándoles que se encontraban absolutamente

desprotegidas y sometidas a la exclusiva voluntad de los captores (ver considerando segundo, capítulo XIII).

Tales hechos constituyen el delito de imposición de tormentos, previsto en el artículo 144 ter, primer párrafo, del Código Penal, según texto introducido por la ley 14.616, vigente a la época de comisión de los hechos, por resultar más benigno que el actual, que obedece a la ley 23.077 (artículo 2 ibídem).

La exigencia de que los sufrimientos sean causados con un propósito determinado--obtener información o quebrar la voluntad se ve satisfecha, pues ellos fueron llevados a cabo con las finalidades señaladas más arriba, a sabiendas de lo que se estaba haciendo.

Las víctimas eran presos en la terminología legal, toda vez que fueron aprehendidas y encerradas por funcionarios públicos que, de acuerdo a las leyes vigentes, tenían facultades para hacerlo. La circunstancia de que esas detenciones no hubiesen sido llevadas a cabo de acuerdo con las prescripciones legales--lo que también es motivo de reproche--no cambia la categoría de "presos". Para la figura penal en análisis, resultaba indiferente que hubieran sido o permanecido legal o ilegalmente detenidos, como lo aclara su actual texto, según ley 23.077”.

En cuanto a las Torturas y tratos humillantes y degradantes.

“III. En los casos 102, 152, 189 y 699 se ha podido acreditar que las muertes de fueron el resultado de las torturas inferidas, tal como se pusiera de manifiesto al analizar los hechos. A su respecto corresponde la agravante del último párrafo del ya citado artículo 144 ter.”

“En tal inteligencia el Tribunal estimó suficientemente acreditadas las torturas en base a las pruebas que fueron objeto de tratamiento al analizar los distintos casos.”

En cuanto a los Homicidios:

“IV. Los homicidios deben calificarse como alevosos tomando en cuenta un doble aspecto: objetivo, el primero, al verificar que la víctima estuvo en estado de total

indefensión; el otro, subjetivo, atendiendo a la acción preordenada de matar, sin que el ejecutor corriera riesgo en su persona”

“Si bien la prueba colectada lleva a pensar que en todos los casos de homicidio el ejecutor directo contó con el concurso premeditado de dos o más personas, sólo se aplicará esta segunda agravante en aquellos en que resulte evidente.

Las figuras de homicidio agravado por alevosía y por el número de colaboradores en la ejecución, se encuentran tipificadas en el Art. 80, incisos 2 y 6, del Código Penal. Su redacción no sufrió variantes respecto de estos incisos.”

En lo referido a los Robos, extorsión y falsificación de documentos públicos:

“V. Se ha verificado que en muchos casos los elementos que procedieron a la detención de las víctimas se apoderaron ilegítimamente de cosas de valor pertenecientes a ellas o a sus familiares. Ello ocurrió tanto en el momento del hecho de violencia como después, mientras duraban los efectos de aquél.

Ello constituye el delito de robo, previsto en el artículo 164 del Código Penal.

Ya se dijo que la posibilidad de que el personal a quien se mandaba detener a las personas se apoderara sistemáticamente de bienes en su propio beneficio, fue necesariamente previsto y asentida por los que dispusieron ese modo de proceder. Esta previsión del resultado y su asentimiento constituyen dolo eventual. Con tal característica subjetiva se imputarán estos hechos...”

Cabe decir que en el Código Penal vigente en Argentina el momento de los hechos establecía la pena de prisión perpetua para el homicidio agravado –art. 80-, la pena de muerte o reclusión perpetua para los intervinientes cuando en el delito de asociación ilegal se causara la muerte o lesiones gravísimas en las personas –art. 210.ter-, etc..., lo que pone de manifiesto la severidad de las penas contenidas en dicho Código, que podrían haberle sido impuestas al encausado de haber sido juzgado en Argentina bajo la vigencia de dicho CP, y que tiene a nuestro juicio gran relevancia desde el punto de vista del principio de legalidad penal (previsión de pena).

2). En cuanto al problema referido a la aplicabilidad al caso de la norma que contiene el delito de lesa humanidad, se ha de indicar que, obviamente, la norma que aplica el Tribunal, al menos en el aspecto externo y formal, no es de derecho internacional sino - ¿estrictamente?- de derecho interno.

Sin embargo, como venimos indicando incorpora y hace referencia a una norma de derecho penal internacional. El problema que apuntábamos es como han de relacionarse y convivir ambas normas. Hasta ahora se han venido sugiriendo algunas claves que deben presidir la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno. La solución posible que nos atrevemos a sugerir pasa por compaginar en lo posible las exigencias derivadas del derecho internacional con las de derecho interno, si bien que, el resultado a obtener estimamos no puede ser otro que el de que por la aplicación del derecho positivo vigente interno del Estado, de ninguna manera pueden quedar fuera del ámbito de cobertura penal, en definitiva impunes, conductas que si resultan penalmente incardinables en el ámbito del derecho internacional, bien lo sean por su objeto o materia, o por el tiempo o lugar de comisión. Estimamos que el derecho interno español, al recoger en su seno la norma penal internacional que se encuentra ya incluso cristalizada y codificada en Tratados donde se recogen tipos penales precisos y penas de referencia (Por ej. Estatuto CPI), no sólo puede limitarse a recibir la descripción del tipo penal y a asignarle una pena factible en derecho interno, sino que estimamos que también debe recoger o asumir el ámbito de aplicación de dicha norma, incluido el espacio-temporal de la misma. A esta situación nos referíamos antes cuando avanzábamos la, a nuestro juicio, naturaleza jurídica compleja de este tipo de normas y, a las que por su naturaleza, de alguna manera, o en alguna de sus vertientes, no autónoma sino derivada, no les era aplicable, al menos en su sentido mas clásico, los principios tradicionales que si son aplicables a otras normas penales, ya que a la que le si le tiene que resultar aplicables es a la norma de base que criminaliza la conducta, lo que ya ha sido suficientemente tratado en el punto anterior.

Por otra parte, debemos negar el argumento, ya que estimamos que no tiene ningún fundamento y carece del menor sentido, de que el legislador español, al introducir dicho precepto penal (art. 607 bis CP) se estaba limitando a permitir en el ordenamiento español, pero sólo de cara al futuro y para el ámbito interno español, la persecución de este tipo de crímenes, a modo de dar formal cumplimiento a la exigencia derivada del Principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional o de la obligación de cooperar con dicho Tribunal, dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional que ya desde hace décadas castigaba ese tipo de conductas. Ello significaría negar cualquier clase de internacionalidad a esta clase de delitos lo que representa una absoluta contradicción, además de no ajustarse siquiera a la ubicación sistemática dada a

estos delitos. Desde luego no sería admisible de ninguna manera un tratamiento diferente al que se reconoce al delito de genocidio, por mucho que el origen de éste esté en un Tratado.

3).1. El tercer tema a tratar en esta secuencia es el de la existencia o no de norma penal interna, que se ajustara a la norma penal internacional, no en el momento presente, sino en el pasado (momento de comisión de los hechos), y que permitiera el castigo de crímenes contra la humanidad mas allá del castigo de las diferentes conductas instrumentales sobre las que no hay duda (asesinatos, lesiones, detenciones ilegales, torturas, etc...) y que habilitara en el ámbito internacional y en el interno la persecución en España de los hechos acaecidos en Argentina. Ha de tenerse en cuenta que el tipo penal finalmente aplicado en esta resolución es el del delito de lesa humanidad contenido en el actual art. 607bis del CP, que se ha considerado en los términos vistos que es el que resulta jurídicamente mas correcto, además de aplicable en el momento actual. Resulta a juicio de la Sala, en consecuencia, como se ha explicado suficientemente, no aplicable el art. 607 CP, referido específicamente al delito de genocidio. La pregunta, por tanto, es ¿de que manera se castigaba éstas conductas en el pasado en derecho interno español? ¿Era correcta la tipificación que se le dio como delito de Genocidio? La respuesta que anticipamos es que sí.

3.2 Estimamos necesario hacer varias consideraciones referidas a la tipificación de los hechos realizados en Auto del Pleno de esta Sala de fecha 04.11.1998 como delito de Genocidio. De una parte, la inadecuación del Derecho interno español vigente hasta 1 de Octubre pasado al Derecho internacional, al no incluir en el Código Penal los crímenes contra la Humanidad, que como ya hemos visto estaban desde el Estatuto de Nuremberg, así como en los estatutos de Yugoslavia, Ruanda, Roma y en los proyectos de la CDI de 1994 (sobre creación de un Tribunal penal internacional) y de 1996 (sobre código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad). Por ello, la única tipificación existente de delito contra la humanidad la había constituido el delito de Genocidio previsto en el art. 137 bis, 1º del Código penal de 1973 y en el art. 607 del Código Penal de 1995 a partir de la entrada en vigor de este Código. La falta de regulación concreta de otras figuras de crímenes contra la humanidad existentes en derecho internacional consuetudinario, y a partir de cierto momento también en el convencional, en realidad únicamente podía ser paliada por una interpretación amplia del delito de genocidio, ajustando el concepto técnico primitivo superrestringido que se contenía en la Convención sobre Genocidio a la evolución que se había producido posteriormente en el seno de la Sociedad Internacional, donde la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no se reducía exclusivamente a la tradicional figura más grave y específica, casi residual, del Genocidio, delito que además venía definido negativamente a través de la exclusión de la finalidad política en cuanto a sus motivaciones. Por otra parte, tampoco hay razones para pensar que la incorporación a nuestro derecho interno de la figura del derecho penal internacional inicialmente consuetudinario y luego

convencional del genocidio, aunque lo fuera para dar cumplimiento y adaptar nuestra legislación al Convenio NU sobre Genocidio, lo fuera estrictamente sobre la base, y con la intención de mantenerse inmutablemente fiel en el tiempo, con independencia de las vicisitudes que pudieran ocurrir, al complicado concepto internacional acuñado inicialmente por Rafael Lemkin. Nos referimos con lo de complicado, a que no es un concepto llamémoslo “ natural” (en contraposición a “artificial”) de genocidio, sino resultado de las discusiones que en el ámbito de la sociedad internacional fueron mantenidas entre 1946 y 1948 para elaborar dicho concepto. Como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, el concepto de Genocidio resultante recogido por el Convenio de 1948 obedece en gran medida a que triunfaron finalmente las insistentes tesis de la URSS de exclusión de la protección los grupos políticos y de exclusión de los motivos políticos, utilizando, entre otros, argumentos como los de que los grupos políticos no representan características estables y permanentes, ni son homogéneos dado que se basan en la voluntad, las ideas y los conceptos de sus miembros (elementos, por tanto, heterogéneos y cambiantes) y no en factores objetivos; además, de que extender las prohibiciones de la Convención a los grupos políticos habría podido tener una peligrosa consecuencia de que las Naciones Unidas y terceros Estados habrían acabado por sentirse legitimados para intervenir en la lucha política que se desarrolla en el interior otros Estados, comprometiéndose, entre otras cosas, el derecho de cada Estado a luchar contra elementos subversivos que intentan debilitar o derribar el gobierno. No se tuvieron en cuenta las otras tesis que se alzaron en contra, entre las que destaca la que ponía de manifiesto que los conflictos políticos e ideológicas que dividían al mundo y también a grupos dentro de muchos Estados, eran susceptibles de llevar al exterminio de grupos enteros, motivados por razones eminentemente políticas por ideológicas. Como ha sido puesto de manifiesto, la insistencia en su posición de la Unión Soviética, el apoyo recibido de parte de algunos países del Tercer Mundo, y del resto de los demás países socialistas, y el escaso entusiasmo con que los occidentales (sobre todo los Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña) se opusieron a las tesis socialistas, determinaron la victoria de estas últimas.

Ante esta perspectiva cabe preguntarse si, con vistas a la deficiente regulación que se contenía en el derecho positivo anterior, resultaba ilegítimo e improcedente desde la perspectiva del derecho interno español apartarse de ese concepto artificial y excluyente de Genocidio, y por el contrario permitir la incorporación de los etéreos y difusos, pero plenamente vigentes, genéricos delitos contra la humanidad, al menos en sus expresiones mas graves, dentro de la regulación del delito de genocidio, simplemente, respetando el tipo, por la vía de no aceptar, por no considerarse vigentes, ciertos elementos interpretativos restrictivos de su alcance procedentes de su redacción originaria con la que no se guardaba relación. La otra opción que estimamos no preferible era reconocer la existencia de otros delitos contra la humanidad de carácter mas genérico, pero como mero derecho internacional, pero por su carácter predominantemente consuetudinario, inaplicable de facto,

al no estar fijados en nuestro derecho los elementos típicos penales ni las penas con las que estarían conminados. Se trataría en todo caso de la interpretación de un precepto penal de derecho interno español, cierto que referido a un tipo penal recogido en Tratados internacionales, pero en relación con el que ni siquiera el legislador patrio había sido especialmente cuidadoso en respetar la definición original a la hora de su transposición al derecho español. Estimamos que existe autonomía interpretativa e incluso de evolución del propio significado del tipo penal, acorde con la evolución de los tiempos y de los sistemas, de la misma manera que ocurre con cualquier otro tipo penal. No vemos razón para que este tipo hubiera quedado anclado a una determinada interpretación condicionada en su origen por una situación contextual mundial, determinada por una determinada correlación de fuerzas, pero que incluso ha cambiado después de forma radical. Dicha situación de origen ha de permanecer ajena a la propia dinámica cambiante de interpretación del tipo que ha venido ajustándose naturalmente a la evolución de la sociedad internacional e interna española y a las propias circunstancias de su ordenamiento jurídico. El tipo español, tal como viene descrito, en su literalidad, no impide la interpretación que le fue dada en su momento por el Juzgado instructor y por el Pleno de esta Sala en su resolución de noviembre de 1998, ni fue forzado para incluir las conductas atribuidas en aquel momento al acusado. Es la propia evolución del derecho, la referencia a otros tipos penales nuevos, y su contextualización dentro de los delitos contra la humanidad, lo que por el contrario vuelve ahora a restringir, y devuelve la regulación contenida en el art. 607 CP, no tanto al concepto primitivo, clásico, estricto y súper restringido de genocidio, que estimamos quedó en su momento superado, y ya hace tiempo que no existe, sino a su consideración como el tipo más superespecífico de los crímenes contra la humanidad, algo así como si se tratará, valga el expresivo símil, como la última y más pequeña de las figuras en una muñeca rusa. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta, que la tipificación penal de delito de genocidio tenía como fundamento la búsqueda de un nexo en el derecho interno que permitiera ser el elemento de apoyo necesario para aplicar la norma penal internacional. No buscaba tanto, en aquel momento, encontrar un fundamento de punición, que estaba y está en la gravedad de las conductas instrumentales en que se descompone el delito contra la humanidad (homicidios, lesiones, torturas, etc....), sino que permitiera servir de desencadenante de la actuación jurisdiccional internacional, por la aplicación en definitiva de la norma penal internacional, que era la que finalmente tiene capacidad para legitimar y dar cobertura a la actuación extraterritorial de los Tribunales nacionales. Es verdad que dicha calificación sirvió, pero afirmamos que sigue sirviendo, como punto de conexión o requisito habilitante de la actuación de la jurisdicción española desde la perspectiva meramente interna, es decir de los previstos en el art. 23 de la LOPJ, necesarios según el orden interno español para la actuación de la jurisdicción española. Nos referimos a que los hechos serían susceptibles también de ser considerados incursos dentro de ese concepto amplio o social de genocidio, ya superado por la más precisa y acorde con el Derecho Internacional actual, pero todavía desplegando vigencia en el momento actual como derecho penal anteriormente existente, no obstante preferirse ahora por el Tribunal, desde una perspectiva estrictamente penal,

calificarlos como crimen de lesa humanidad según el Código Penal en su redacción vigente. Hemos de decir, que había y hay otros elementos, más que alternativos, complementarios, de esa competencia jurisdiccional desde la perspectiva interna española. Nos estamos refiriendo a que los hechos también serían susceptibles de constituir delito de terrorismo perseguible internacionalmente, como también de torturas de ciudadanos españoles perseguible también en función del principio de personalidad pasiva (aunque el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no reconozca expresamente jurisdicción universal a nuestros tribunales sobre los delitos de torturas, tal reconocimiento puede entenderse implícito en la cláusula general de remisión a los tratados que la imponen (apdo. g), ya que el Convenio del 84 establece la jurisdicción universal en caso de presencia del acusado en el territorio del Estado parte de que se trate, lo que evidentemente acontece en el presente caso), aunque el tribunal no considere procedente establecer calificaciones autónomas por dichos delitos al considerar están en una relación de consunción del nº 3 del art. 8 del CP.

Como ultima conclusión en relación con este tema que suscitó en su momento amplia polémica, cabe decir que las afirmadas tensiones entre el llamado concepto “social” o amplio y el técnico-jurídico estricto de Genocidio en la situación anterior al vigente Código Penal solo tenían razón de ser en el ámbito puramente doctrinal y especulativo. En el ámbito de la practica, dichos conceptos diferentes eran posibles y convivían perfectamente en los diversos planos de la realidad posibles: en el ámbito interno del derecho español y en el internacional; en el estricto técnico jurídico y en el de la realidad social y aplicativa del derecho; en el procesal y en el sustantivo penal, en el que viene perfectamente reconocido que era consuetudinariamente aplicable la figura de los crímenes contra la Humanidad, idea sobre la que a nuestro juicio existe total consenso de la Comunidad internacional.

4). En relación con la última cuestión enunciada, cabe decir que solo un tratamiento superficial y contra su propia razón de ser, considerado ante todo como **un principio de justicia**, del importante tema del respeto del principio de legalidad penal, permitiría el cuestionamiento de la aplicabilidad al caso del referido precepto penal –art. 607bis CP-, que por todo lo visto ni vulnera el art. 25 de la CE ni ninguna de las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos.

5. SOBRE LA APLICABILIDAD GENERAL LOS CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD.

1. La competencia de la jurisdicción española en el caso puede ser examinada desde la doble perspectiva que se viene haciendo, desde la del derecho internacional y desde el nacional interno. Aunque las normas nacionales admitan la competencia jurisdiccional extraterritorial para la persecución penal de un delito acaecido en el territorio de otro Estado (art 23.4 y 5 LOPJ), estimamos que necesita para ser legítima en el ámbito internacional su reconocimiento en dicho espacio. En el presente caso, y como venimos afirmando, tratándose de responsabilidad individual por delitos contra la humanidad, viene reconocida esta posibilidad de ejercicio de la persecución penal a cualquier otro Estado.

2. En esta línea ha sido innovadora la argumentación del juez argentino Cavallo, en *auto de 6 de marzo de 2001*, que declaraba nulas las *leyes de obediencia debida y punto final*. En dicho auto se contienen importantes consideraciones, que hacemos totalmente nuestras:

“(..) el carácter de *ius cogens* y *erga omnes* que se les reconoce a algunas conductas consideradas como crímenes contra el Derecho de Gentes. Una primera consecuencia que surge ante la comisión de conductas de esta naturaleza es *que la Humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal, aún cuando el derecho doméstico del Estado o Estados donde tuvieron lugar no las considere prohibidas penalmente* (...) Conductas como las descritas afectan por igual a toda la humanidad y por lo tanto *su carácter criminal no queda librado a la voluntad de un Estado o más Estados particulares*, sino que es definido en un ámbito en el que las voluntades estatales individuales se integran con otras para afirmar principios y reglas que en ciertos casos regirán para un Estado aun contra su voluntad. Tampoco el interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables (responsabilidad de los individuos) queda en cabeza del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos. Por el contrario, *toda la Humanidad y los Estados en que ésta se organiza tienen un interés equivalente e el enjuiciamiento y sanción punitiva a sus autores o partícipes*. Para asegurar que tal interés sea efectivamente satisfecho, el *derecho de gentes asigna competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en su contra (jurisdicción universal)* (...) al enjuiciar y penar a los responsables el Estado (incluso el del territorio donde los hechos ocurrieron) *actuará en interés del conjunto de la comunidad internacional, interés superior al suyo individual*”.

3. Al analizar los elementos del tipo de los delitos contra la humanidad, veíamos como uno de sus requisitos típico-penales la exigencia de ataque contra la población civil, lo que viene a exigir 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". También la exigencia de ataques masivos o sistemáticos o que se ejerzan en el marco de una política o plan estatal.

Esta circunstancia o característica del sujeto activo del delito, es decir que se trate de un grupo de poder, o que actúe desde el poder, o que tenga capacidad de neutralizar al poder legítimo, es uno de los elementos que internacionaliza a esta clase de delitos, de tal manera que los convierte en crimen contra la humanidad. La razón de la utilidad de la existencia de los crímenes contra la humanidad es precisamente la de garantizar su persecución esencialmente por las dificultades extremas o imposibilidad de la persecución interna de esta clase de delitos y el interés de la comunidad internacional es su persecución y castigo no siendo tan importante su concreta tipificación que puede quedar al cuidado de los derechos internos sino establecer un sistema internacional de persecución efectiva.

Muestra de ello es, por ejemplo, el que aunque el Estatuto del CPI establezca el principio de complementariedad de su actuación, la circunstancia de la persecución en el ámbito interno no opera automáticamente sino procesalmente como excepción en el art. 17, 18, siendo necesaria en todo caso la prueba de una persecución eficaz y que no entrañe fraude.

En definitiva, una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad, desde nuestro punto de vista la que verdaderamente los singulariza, es su perseguibilidad internacional mas allá del principio de territorialidad. Resulta cierto que lo mas neutral y menos complicado desde el punto de vista de las relaciones internacionales entre Estados, es que sea un Tribunal Internacional general o "da hoc" el que los persiga, sin embargo, lo esencial, reiteramos, es que esa persecución internacional, aunque sea complementaria o subsidiaria de la interna inefectiva o inexistente, se produzca, de tal manera que cuando no se ha podido producir, bien sea por inexistencia, o por otra causa de actuación de un tribunal internacional, el principio de necesaria persecución y de posibilidad de persecución internacional de estos delitos sigue indemne, por lo que resulta procedente que en estos casos actúe una jurisdiccional nacional en sustitución de la internacional y haciendo funciones de ésta. En la esencia, existen pocos diferencias de fondo o substancia entre una y otra situación, ya que lo que es determinante es la internacionalidad del delito y la necesidad asumida desde la comunidad internacional de que sea perseguido, y si la comunidad internacional no pone directamente los medios, y no deroga estos principios básicos de convivencia, puede decirse que no solo esta consintiendo de facto, sino de iure, esta actuación de jurisdicciones nacionales en actuación internacional, al menos en este específico aspecto referido a la misión de defensa y protección de los derechos humanos contra los ataques mas bárbaros de que puede ser objeto. Es necesario reconocer que, aunque "lo internacional" ciertamente tiene aspectos mas pragmáticos y menos de principios, nos estamos refiriendo a las exigencias de las buenas relaciones internacionales entre los Estados, hay situaciones inadmisibles y que de ninguna manera pueden tener la consideración de injerencias de unos Estados en los asuntos de otros, sino de la propia Comunidad internacional, que además se preocupa en el establecimiento de puras y simples responsabilidades individuales de los sujetos.

Estimamos, pues, que resulta legítimo en estos casos que un Estado asuma la defensa de los intereses de la comunidad internacional y persiga penalmente a individuos en virtud del principio de responsabilidad individual.

A todo ello se puede añadir, como importante elemento coadyuvante, y de extraordinaria importancia en este caso, la defensa de los propios intereses en la defensa de sus nacionales víctimas del delito. Lo que de ninguna manera tiene a nuestro juicio justificación es la impunidad en el ámbito internacional.

4. Existen importantes precedentes internacionales en la actuación de la jurisdicción universal por varias clases de delitos, entre ellos recogemos los siguientes:

a) En relación con los Convenios de Ginebra, los primeros supuestos de ejercicio de la jurisdicción universal por infracciones graves previstas en dichos Convenios, el primero de ellos lo constituye el asunto relativo a Refik Saric, en el que un tribunal danés condenó el 25 de noviembre de 1994 a ocho años de prisión a un guardia del campo de prisioneros croata de Dretelj (Bosnia) que había solicitado refugio en Dinamarca, por los maltratos inferidos a tres detenidos, de los cuales dos habían fallecido. La jurisdicción danesa en el caso se basó en el art. 8.5 del Código penal danés y en los artículos relativos a la represión de las infracciones graves de los Convenios III (arts. 129 y 130) y IV (arts. 146 y 147) de Ginebra. La validez del enjuiciamiento y de la condena fue confirmada por el Tribunal Supremo danés el 15 de agosto de 1995.

En el asunto Novislav Djajic un tribunal alemán (el Oberlandesgericht de Munich) condenaba el 23 de mayo de 1997 a Novislav Djajic a cinco años de prisión por su participación en la detención, en junio de 1992, de catorce civiles bosnio-musulmanes que serían más tarde fusilados como represalia por la muerte días antes de diez soldados serbios por la explosión de una mina. La jurisdicción alemana basó su jurisdicción en el art. 6.9 del StGB por remisión a los preceptos correspondientes del IV Convenio de Ginebra (arts. 146 y 147) y al Protocolo I (art. 85). El Tribunal de Munich consideró que el de Bosnia-Herzegovina era un conflicto armado internacional al que resultaban de aplicación los Convenios de Ginebra.

También la jurisdicción alemana se ha ocupado de otros casos relativos también al conflicto bosnio (asuntos Jorgic, Sokolovic o Kusljic), en los que los tribunales de aquel país han ejercido la jurisdicción universal sobre casos de limpieza étnica que han merecido la calificación de genocidio.

El Tribunal Supremo holandés ha sostenido en decisión de 11 de noviembre de 1997 que los tribunales militares de los Países Bajos eran competentes para enjuiciar, en virtud de la War Crimes Act de 1952, a Darko Knezevic, un serbo-bosnio integrante de las milicias serbias que operaban en el área de Prijedor, acusado de dos asesinatos, tentativa de violación y deportaciones a campos de detención, en violación de las disposiciones de la IV Convención de Ginebra.

Sin embargo, la practica judicial francesa ha sido muy reacia a aplicar la jurisdicción Universal. Así en el Asunto Javor, la decisión de un juez de instrucción del Tribunal de Grande Instance de París de procesar a un serbo-bosnio por, entre otros cargos, infracciones graves al III Convenio de Ginebra supuestamente cometidas en varios campos de concentración en Bosnia (Omarska, Trenopolje y Keraterm), fue anulada el 24 de octubre de 1994 por el Tribunal de apelación de París (Cour d'appel). La anulación se basó -además de en otros motivos- en que el régimen de jurisdicción universal previsto en los Convenios de Ginebra no resulta de aplicación directa en Francia en base simplemente al art. 689 del Código de Procedimiento Penal. El hecho de que dicho precepto omita toda referencia a los Convenios de Ginebra fue interpretado en el sentido de que la jurisdicción universal implícita en sus disposiciones sobre infracciones graves requería, para su operatividad en Francia, un desarrollo legislativo adicional. La decisión, ha sido confirmada el 26 de marzo de 1996 por el Tribunal Supremo (Cour de Cassation).

No obstante, a diferencia de lo ocurrido con los Convenios de Ginebra, la previsión expresa del Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura en el art. 689 del Code de Procédure Pénale, ha hecho posible que sus disposiciones constituyeran una de las bases empleadas por la Corte de Casación para afirmar la jurisdicción universal francesa en el asunto F. Munyeshyaka sacerdote ruandés, enjuiciado por los malos tratos supuestamente causados a un grupo de individuos de la etnia tutsi que se habían refugiado en una iglesia de Kigali y que habían acabado siendo entregados a las milicias hutus en 1994. La base de jurisdicción universal francesa afirmada en el asunto Munyeshyaka parece haber quedado confirmada en el asunto Ely Ould Dha, referido a un oficial mauritano acusado de prácticas de tortura contra ciudadanos mauritanos negro-africanos en la prisión de Jreïda, detenido por orden de un juez de Montpellier mientras asistía a un curso de formación en la academia de infantería de esa ciudad. Tanto la orden del juez de instrucción como la decisión de la Cour d'appel de Montpellier de 14 de marzo de 2000 basan la competencia de las autoridades judiciales francesas en el art. 689-2 del Code de Procédure Pénal y en el Convenio de Naciones Unidas contra la tortura.

En el asunto relativo a Goran Grabetz, un tribunal militar de Lausanne afirmó su jurisdicción para enjuiciar a un serbobosnio residente en Suiza, solicitante de asilo político, por su presunta participación en los maltratos causados a civiles prisioneros en los campos de detención de Omarska y Keraterm (Bosnia-Herzegovina) en 1992. Tal decisión se fundamentó en el art. 2.9 del Código Penal Militar suizo, que reconoce jurisdicción universal a los tribunales militares del país alpino, incluso sobre civiles, cuando una norma de Derecho internacional humanitario así lo prevé. En ella se consideró que la guerra de Bosnia constituía un conflicto armado internacional al que resultaba aplicable, por tanto, el régimen de infracciones graves de los Convenios de Ginebra.

En materia de delito de tortura, aparte del asunto ya visto el asunto del sacerdote ruandés F. Munyeshyaka. También se ha de citar la decisión del Segundo Comité de Apelación de la Cámara de los Loes en el caso Pinochet, en este mismo procedimiento, si bien con las limitaciones *ratione materiae* y *temporis* (la extradición de Pinochet sólo resultaría posible a partir del 29 de septiembre de 1988, fecha de entrada en vigor de la ley - Criminal Justice Act- en la que, al incorporar el Convenio, se reconocía jurisdicción universal a los tribunales británicos respecto de los delitos de tortura).

El significativo caso por tratarse de una jurisdicción de país no enmarcado en el conjunto de los occidentales desarrollados, es el referido al antiguo dirigente del Chad, Hissène Habré, en el que un juez del Tribunal regional de Dakar, el 3 de febrero de 2000, admitió una querrela promovida por una asociación chadiana de víctimas y decretó el arresto domiciliario de H. Habré. En ella se le acusaba de ser el responsable de cerca de cuarenta mil asesinatos y torturas cometidos contra disidentes políticos durante el periodo en que ocupó la presidencia de la República del Chad (1982-1990). La jurisdicción de los tribunales senegaleses trató de fundamentarse en el Convenio contra la tortura, ratificado por Senegal en 1987. Recurrida, sin embargo, la decisión del juez Kandji, la Sala de acusación del Tribunal de apelación de Dakar dictó sentencia el 4 de julio de 2000, anulando la orden de detención y el procedimiento abierto por entender que las autoridades senegalesas no tenían competencia para conocer de hechos acaecidos fuera de su territorio, inspirándose claramente en la ya vista doctrina sentada por los tribunales franceses en el asunto Javor.

b) En materia de persecución universal de delitos de terrorismo, se encuentra el relativo al enjuiciamiento y condena a cadena perpetua en Alemania en 1989, tras denegarse su extradición a Estados Unidos, del terrorista libanés Ali Hamadé, por su participación en el secuestro de un avión de pasajeros norteamericano durante diecisiete días y el asesinato de uno de ellos.

Resultan dudosas las invocaciones al principio de Universalidad en la persecución penal por delitos de terrorismo de las pretensiones de la justicia norteamericana –parecen fundarse mas en el principio de personalidad pasiva, dada la nacionalidad norteamericana de las víctimas - en los casos de A. Abbas, presunto responsable del secuestro del crucero Achille Lauro en 1985 (las autoridades italianas no autorizaron su extradición), y en el del libanés F. Yunis por el secuestro en Líbano y posterior desvío a Amman, en 1985, de un avión jordano en el que viajaban varias decenas de norteamericanos.

Sin embargo, el enjuiciamiento de los sospechosos del atentado contra el vuelo 103 de la Pan Am en el caso Lockerbie, pese a verificarse en Holanda en virtud de la Resolución del Consejo de Seguridad 1192 (1998) fue realizado por un tribunal escocés (259).

No se cuestiona y es cada vez más frecuente en España y otros países el ejercicio de la jurisdicción universal para la represión del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en caso de apresamientos de buques practicados, previa autorización del Estado del pabellón, en alta mar. (La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1987 señala al respecto: «Es reiterada la doctrina... en orden a que no existe necesidad de razonar que el tráfico tenía a España como destino final, en virtud del principio de universalidad o de comunidad de intereses propio de esta clase de delitos contra la salud pública que se recoge en el art. 23.4.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial»).

6. La no persecución penal de los hechos en Argentina como elemento justificante de segundo grado de la actuación de la jurisdicción española.

6.1. Si a tenor de lo que hasta ahora venimos exponiendo resulta incuestionable la universalidad en la persecución de los crímenes contra la humanidad sobre todo cuando viene ejercida por Tribunales internacionales, lo que implica el reconocimiento de la vigencia de este principio mas allá del de territorialidad, sin embargo tampoco cabe en principio excluir éste, en cuanto que aparece como el primero y mas natural de los principios de actuación jurisdiccional. No obstante, esta regla tiene excepciones, por ejemplo en el caso de los Estatutos para los Tribunales de la ExYugoslavia y Ruanda en los que la competencia viene establecida en primer grado a dichos Tribunales “ad hoc”, siendo el principio de territorialidad puramente funcional.

Sin embargo, pierde justificación la actuación jurisdiccional internacional cuando actúan eficazmente los tribunales del territorio en el ejercicio de su jurisdicción y se satisfacen de forma adecuada las necesidades de justicia. En ese caso estimamos no será posible o al menos no resulta adecuada la actuación de la jurisdicción internacional, salvo en el caso de que ésta esté expresamente reservada para los Tribunales internacionales.

Esta regla resulta igualmente aplicable cuando lo que se ejerce es la jurisdicción internacional por una jurisdicción nacional. La actuación eficaz de las autoridades competentes territorialmente vacía de contenido a la jurisdicción universal. El mayor problema que se plantea en este caso es determinar cuando efectivamente se ha ejercido jurisdicción eficaz. A este respecto, resultan útiles los criterios contenidos en el art. 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la hora de determinar si se ha ejercido o se está ejerciendo jurisdicción efectiva por parte del Estado en cuestión, a los efectos de actuación del principio de complementariedad.

La actuación de la jurisdicción española en actuación del principio de universalidad ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina que ha dado lugar a una situación de impunidad de los responsables penales de los hechos, situación que de forma diferente a lo acontecido en otros países ha devenido, salvo en el caso de que queden definitivamente anuladas las leyes de punto final y obediencia debida, irreversibles.

6.2. El advenimiento de la democracia en Argentina tras el fin de la dictadura militar trajo consigo acciones concretas tanto en ámbito judicial como fuera para restablecer el orden jurídico profundamente perturbado por las violaciones masivas de los derechos humanos más elementales acontecidas durante la época anterior. La derogación por Ley 23040 de 22.12.1983 de la Ley 22924 de "Pacificación Nacional" o de autoamnistía adoptada por la Cuarta Junta Militar inmediatamente antes a la entrega del poder al Gobierno democrático sucesor. La creación de la "Comisión Nacional para la desaparición de personas" (CONADEP) presidida por D. Ernesto Sábato, y el importantísimo informe "Nunca más" sobre cuya elaboración prestó testimonio el referido testigo. Las diversas modificaciones en diversos sentidos del Código de Justicia Militar. Todos ellos fueron factores que permitieron que con base en dicha legislación se llevara a cabo en 1985 el juicio contra nueve generales miembros de las tres primeras Juntas Militares en la Causa 13/84, que desembocó en la condena de cinco de los acusados a penas que oscilaban entre los cuatro años y medio de prisión y la prisión perpetua, por sentencia de 9 de diciembre de 1985. Esta sentencia fue confirmada por otra de 30 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema, que se limitó a realizar leves modificaciones de las condenas. Este importante proceso fue seguido también por otros entre los que resultan dignos de mención el que se entabló también por la Cámara Federal contra el Coronel Ramón J. Camps, Jefe de la

Policía de Buenos Aires desde abril de 1976 hasta diciembre de 1977, y contra cinco oficiales de la policía, en el que el referido fue condenado por Sentencia de fecha de 2 de diciembre de 1986 como autor responsable de los delitos de tormentos reiterados en 73 oportunidades, a la pena de 25 años de reclusión. Sin embargo, la decidida acción judicial se encontró con el obstáculo de la Ley 23.492 de "Punto Final" (Sancionada el 23/12/86; promulgada el 24/12/86; publicada en el Boletín Oficial el 29/12/86), que establecía un término de 60 días como plazo para la presentación de recursos judiciales por crímenes cometidos antes del 10 de diciembre de 1986 vinculados a la "instauración de formas violentas de acción política", exceptuándose los delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores. Las acciones penales existentes a la finalización de dicho periodo se vieron definitivamente cercenadas en cuanto a su viabilidad por la Ley 23.521 de Obediencia Debida (Sancionada el 4/6/87; promulgada el 8/6/87; publicada en el Boletín Oficial el 9/6/87), que establece en su Art. 1 que *"Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida."*...., *"En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad"*. Excluyéndose de dicha presunción respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles. Estas dos leyes que prácticamente impedían para el futuro llevar a cabo ninguna clase de persecución penal de militares de graduación intermedia en Argentina por los horribles crímenes perpetrados durante la dictadura, con excepción de los delitos expresados se vieron definitivamente complementadas por los decretos de los indultos concedidos por el presidente constitucional de la República, Decretos 1002/89, de fecha 7 de octubre en el que se indultaron a la totalidad de los altos jefes militares procesados y que no fueron beneficiados por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida sancionadas durante la presidencia de Raúl Alfonsín, con excepción del ex-general Carlos Guillermo Suárez Mason, extraditado de los Estados Unidos). Decreto 2741 /90, por el que se indulta a: Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini, ex-miembros de las juntas militares; y Juan Ramón Alberto Camps y Ovidio Pablo Riccheri, antiguos jefes de policía de la provincia de Buenos Aires. Todos ellos condenados en Sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en 1985 en las causas incoadas por los decretos 158/83 y 280/84 del presidente Alfonsín. Por Decreto 2743/90 se indulta a Carlos Guillermo Suárez Mason ex-jefe del primer cuerpo de ejército que huyó de Argentina, detenido en los Estados Unidos y extraditado a la Argentina por solicitud cursada por la justicia argentina durante la

presidencia de Alfonsín, encontrándose próxima la celebración de juicio en el que era acusado de graves crímenes.

En relación con los anteriores Decretos, es necesario decir que, si bien, según el artículo 86.6 de la Constitución Nacional argentina, el Presidente de la Nación Argentina tenía la atribución de indultar y conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, y por tanto eran, en el plano formal, legales, ello no implica que constituyan derecho justo (hacemos de nuevo referencia a la cláusula Radbruch, utilizada por los Tribunales en el referido “Caso de los disparos en el muro de Berlín”) . La injusticia material de las medidas de indulto, junto con las anteriores Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, determinan un inadmisibles estado de impunidad que se mantiene subsistente hasta el presente y que, a tenor de los criterios expresados en el mencionado art. 17 del Estatuto de la CPI, permiten afirmar la falta de efectividad o inexistencia, por injerencias no legítimas de los otros poderes del Estado, de la respuesta judicial esperable.

6.3. Creemos que todo el anterior relato resulta suficientemente expresivo y pone de manifiesto la justificación de la actuación del derecho penal internacional para la persecución penal de gravísimos hechos, cuando ésta no es posible en el ámbito interno, precisamente por situaciones de secuestro de la justicia incluso muchos años después de haberse producido los hechos.

En este caso, además, se justifica complementariamente la actuación de la jurisdicción española para la persecución penal de hechos, por la existencia de víctimas españolas. La existencia de dichas víctimas queda constatada en el relato de hechos probados, al tratarse de personas que consta estuvieron detenidos en la ESMA en la época en que prestó sus servicios en ella el acusado. Es cierto que no consta exactamente que éste tuviera ninguna clase de directa relación con ellas, pero si se vieron directamente afectadas por los actos de éste, imbricados en el tantas veces indicado contexto de “guerra sucia organizada contra la subversión”.

7. Otro de los elementos que justifican la actuación de la jurisdicción española para este específico caso es precisamente la sujeción del encausado a la misma, al encontrarse en territorio español una vez que el propio acusado decidió ponerse a disposición de la misma.

8. Por último, no deja de ser relevante que aunque pueda decirse que haya quedado constatada la incapacidad de las autoridades argentinas para a lo largo de los años de dar una respuesta judicial aceptable a las demanda de justicia de las víctimas; sin embargo, y también

es necesario decirlo, la cooperación judicial prestada tanto por la Administración pública argentina como desde el poder judicial argentino en este momento para la realización del presente enjuiciamiento ha sido absolutamente ejemplar. Desde luego, mención especial merece la eficacísima labor del Juez de la Cámara Federal de Buenos Aires D. Claudio Bonadío, que ha llevado a cabo actos modélicos –en el fondo y en la forma- de cooperación judicial con este Tribunal.

Se produce, por tanto, una tremenda contradicción entre esa modélica colaboración para que la jurisdicción de otro Estado juzgue hechos ocurridos en propio territorio, y la imposibilidad de ejercer la propia, por causa de inadmisibles -ilegales- normas, en el plano del derecho internacional, que tuvieron como único objeto procurar la impunidad de los culpables, al haber éstos proyectado su poder de coacción mas allá del momento en que ocupaban éste y se produjeron los hechos. Mas allá de cualquier otra, es esta circunstancia de imposibilidad o de dificultad extrema en la persecución penal de hechos singularmente graves, la que determina que sea la comunidad internacional la que asuma la incumbencia de hacer propios esta clase de crimines para asegurar su castigo.