

## LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN EL CASO SCILINGO

Alicia Gil Gil

*Profesora Titular de Derecho Penal. UNED*

---

GIL GIL, Alicia. La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-r1, p. r1:l-r1:18. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-r1 (2005), 31 may]

**RESUMEN:** En el presente trabajo se comenta críticamente la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005, en la que se condena a Adolfo Scilingo a 640 años de prisión por delitos de lesa humanidad con resultado de 30 muertes, una tortura y una detención ilegal. Los principales puntos de dicha sentencia son:

- La AN ha cambiado la calificación jurídica de los hechos respecto de la que hizo el juez instructor y, en lugar de por genocidio, terrorismo y torturas, condena aplicando el nuevo artículo 607 bis CP. La Audiencia argumenta que ello no implica, sin embargo, una violación del principio de legalidad, pues los crímenes contra la humanidad ya existían en la costumbre internacional en el momento de comisión de los hechos.

- La Audiencia afirma su competencia sobre este delito recién incorporado al Código penal español por el principio de jurisdicción universal apelando directamente a su carácter internacional, a pesar de

que la misma ni viene recogida expresamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial ni viene impuesta por ningún tratado internacional.

- El tribunal da crédito a las declaraciones del acusado ante el juez instructor en 1997 y no a las realizadas en el juicio oral en las que se desdice de su confesión anterior. Con base en aquellas declaraciones el tribunal considera probada la participación de Scilingo en dos vuelos de la muerte y en una detención ilegal y su presencia en la tortura de una persona. La sentencia sin embargo no especifica que se hayan probado los elementos de la autoría: ejecución de actos típicos, dominio del hecho.

- La AN dispone, para el cumplimiento de la condena impuesta conforme al nuevo art. 607 bis, el límite máximo de 30 años que establecía el Código penal anterior, argumentando que era el vigente en el momento de comisión de los hechos.

**PALABRAS CLAVES:** Autoría y participación, costumbre internacional, crímenes contra la humanidad, genocidio, irretroactividad de la ley penal, jurisdicción universal, ley más favorable, principio de legalidad.

Fecha de publicación: 31 mayo 2005

---

### I. Introducción

*Adolfo Scilingo* fue detenido en España. Se había presentado voluntariamente a declarar ante el juez *Garzón* en 1997. Tras recibir declaración, el juez dictó la medida cautelar de retenerle el pasaporte, que fue recurrida en amparo por *Scilingo*, dándole el Tribunal Constitucional la razón en resolución de 16 de julio de 2001. Tras la anulación de la medida por el TC, el Juez *Garzón* dictó el 31 de julio de 2001 auto de

prisión provisional incondicional para *Scilingo*. En su sentencia 1362/2004 de 15 de noviembre el TS confirma la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas imputados a Scilingo. El 19 de abril de 2005 la Audiencia llega a la primera sentencia condenatoria en el sumario 19/97 que agrupa las causas contra las dictaduras chilena y argentina<sup>1</sup>. En esta sentencia se condena a Scilingo a 640 años de prisión por la comisión de delitos de lesa humanidad. La Audiencia ha cambiado la calificación jurídica de los hechos respecto de la que hizo el juez instructor y en lugar de por genocidio, terrorismo y torturas condena aplicando el nuevo artículo 607 bis que introdujo en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad en el año 2004. La Audiencia argumenta en su sentencia que ello no implica, sin embargo, una violación del principio de legalidad, pues los crímenes contra la humanidad ya existían en la costumbre internacional en el momento de comisión de los hechos. Además la Audiencia Nacional afirma su competencia sobre este delito recién incorporado a nuestro Cp por el principio de jurisdicción universal apelando directamente a su carácter internacional, a pesar de que la misma ni viene recogida expresamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial ni viene impuesta por ningún tratado internacional.

## II. Análisis de la sentencia.

### 1. La calificación jurídica de los hechos.

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 art. 607 bis introducido en nuestro ordenamiento por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el uno 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, constituida por los Sres. Magistrados: Don Fernando García Nicolás, como presidente; Don Jorge Campos Martínez; y Don José Ricardo de Prada Solaesa, como ponente, 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 abandona la calificación como genocidio y 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 le lleva a una argumentación difícil y contradictoria<sup>2</sup>: Si el elemento intencional específico exi-

<sup>1</sup> Sobre este sumario con mayor detalle véase GIL GIL, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, actualizado en "Bases para la persecución de crímenes internacionales en España", en Albin Eser / Ulrich Sieber / Helmut Kreicker (Hrsg.) *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, B. 4: Côte d'Ivoire, España, Frankreich, Italien, Lateinamerika, Max-Planck-Institut - Duncker & Humblot, Berlin 2005. El informe sobre España aparecerá publicado en nuestro país próximamente nuevamente actualizado en la editorial Comares.

<sup>2</sup> SAN nº 16/2005 de 19 de abril, Fundamento jurídico primero: "6. 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

gido por el genocidio no se daba en los hechos, tampoco se daba en el momento en que los mismos se calificaron como genocidio y si la calificación no es correcta tras la incorporación en nuestro ordenamiento del delito de lesa humanidad, tampoco lo era cuando nuestro Código presentaba una laguna en este aspecto, pues, por una parte, como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) la relación entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad no es de concurso de leyes sino de delitos<sup>3</sup> y por otra, si la Audiencia Nacional está reconociendo la existencia de los crímenes contra la humanidad en la costumbre internacional en el momento de comisión de los hechos, es decir, antes de su incorporación a nuestro Código penal, también debería reconocer que la misma imponía un concepto estricto de genocidio ya antes de la introducción del art. 607 bis<sup>4</sup>. Es decir, el concepto

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 superrestringida 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.

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".

<sup>3</sup> Véase por ej. véase la sentencia del TPIY en el caso Krstic (Svrenika) Appeals Chamber Judgement, de 19 April 2004. De acuerdo con esta doctrina GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 305 y ss., la misma, "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, nº 4, 1999.

<sup>4</sup> Resulta contradictorio afirmar por 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" y que "Por ello la única tipificación existente del delito contra la humanidad la había constituido el delito de genocidio" y reconocer al mismo tiempo la existencia de una costumbre internacional que castiga los crímenes contra la humanidad y que vincula al juez interno. Si la única tipificación de los crímenes contra la humanidad en el momento de comisión de los hechos hubiera sido el genocidio correspondería al juez aplicar tal norma y no la pena más grave correspondiente a los crímenes contra la humanidad. Pero es que además esa afirmación no es cierta. El reconocimiento de la existencia de tal costumbre impide afirmar, como lo hace la Sala, que la evolución del Derecho internacional permitía una interpretación amplia del delito de genocidio. El delito de genocidio no ha variado un ápice desde su tipificación en la convención de 1948 hasta nuestros días y no corresponde al juez el cuestionamiento de su, por otra parte, muy clara redacción. Además la tipificación del genocidio es posterior al nacimiento de los crímenes contra la humanidad. Por lo que no puede afirmarse que una norma que existe con anterioridad haya modificado el contenido del delito distinto que nace posteriormente. Los crímenes contra la humanidad no son una especie del genocidio, ni el genocidio es técnicamente, en contra de lo que se mantiene algunas veces, una especie de los crímenes contra la humanidad, lo que tampoco permitiría aplicar el tipo más específico a las supuestas conductas genéricas en las que no se dan sus especificidades. La relación entre ambos delitos no es de concurso de leyes sino de delitos – así lo entiende también la jurisprudencia internacional, (véase la sentencia del TPIY en el caso Krstic (Svrenika) Appeals Chamber Judgement, de 19 April 2004, donde mejor se explica lo que es una constante en los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda: la condena acumulativa por delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad y el rechazo de la subsunción de los segundos en el primero),- pues protegen bienes jurídicos distintos. Sobre el nacimiento de los crímenes contra la humanidad y del delito de genocidio véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, páginas 106 y siguientes. La argumentación de la Sala es por tanto falsa. Resulta insostenible, en mi opinión, que la tipificación del genocidio en el art. 607 de nuestro código penal supusiera hasta el 1 de octubre de 2004 una codificación en nuestro derecho interno de la costumbre internacional que

internacional de genocidio, es y ha sido siempre el concepto estricto, y las lagunas de nuestro ordenamiento respecto del crimen contra la humanidad no nos pueden llevar a deformar o extender analógicamente otro tipo penal<sup>5</sup>.

La calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad me parece en cambio absolutamente correcta<sup>6</sup>. La Sala se esfuerza incluso en argumentar la presencia de todos los elementos típicos incluido el contexto, lo que resulta digno de alabanza. 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<sup>7</sup>). Sin embargo resulta contradictorio que condene por *un* único “delito de lesa humanidad: 1º con causación de 30 muertes alevosas...; 2º con también realización de detención ilegal...; 3º 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

regula los crímenes contra la humanidad. Lo único que se puede constatar es que hasta el 1 de octubre de 2004 existía una laguna en nuestro ordenamiento respecto de la tipificación de estos crímenes

<sup>5</sup> Esta calificación inicial fue confirmada por la AN, en sus autos de 5 de noviembre de 1998 - 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 Chile), fundamento de Derecho 5º, 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 5º-. En ellos la Audiencia afirma 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. Para demostrar la existencia de ese pretendido concepto social acude 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 art.137 bis del anterior Código penal español, que tan criticado fue por la doctrina por apartarse de la regulación y del concepto internacional de genocidio. Y afirma incurriendo en una evidente analogía in *malam partem* 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”; argumenta evidenciando su confusión de los conceptos *genocidio* y *crímenes contra la humanidad* 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 concluye que “todas las víctimas reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar”. Sobre la incorrección de la calificación inicial de los hechos como genocidio véase GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, pp. 181 y ss.; la misma, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, pp. 145 y ss. y 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, nº 8 c, 1999, pp. 441 y ss.-. También en contra de la idea de autogenocidio, SCHABAS, *Genocide in international Law*, 2000, pp. 114 a 120; FEIJOO SÁNCHEZ, B., „El genocidio en el Derecho penal español“, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, nº 8, 1999, pp. 559 y ss. A favor de la misma sin embargo SERRANO PIEDECASAS, „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, tecnos, 2002 p. 1505 y ss. y GÓMEZ BENITEZ, „El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad“ *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 4, 2000, pp. 151 y ss. y 157. El Tribunal Supremo en su sentencia sobre la jurisdicción española en el caso Guatemala, STS nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003, parece rechazar también aquella interpretación amplia del delito de genocidio al afirmar: “Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique prejuicio alguno sobre el fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto *afectan al pueblo maya como grupo étnico*” (subrayado añadido).

<sup>6</sup> Véase Gil Gil, en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, n. 8 C, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 512.

<sup>7</sup> 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.

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 personalismos fundamentales<sup>8</sup>, siendo esta concepción precisamente la que permite apreciar la consunción de los correspondientes delitos comunes<sup>9</sup>.

## 2. El principio de legalidad y la costumbre como fuente de Derecho penal

El principal problema de esta sentencia no radica, por tanto, en la calificación jurídica, que estimo correcta, sino en que una vez calificados como crímenes contra la humanidad se les aplica a hechos ocurridos hace treinta años un precepto, el art. 607 bis del Código penal español, que entró en vigor el 1 de octubre del 2004.

A este respecto hay que recordar que el art. 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 aquél momento. (...)
2. El art. 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 art. 2 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.

<sup>8</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta de Justicia penal internacional*, Documentos, n° 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 y ss.; 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° 4, 1999, p. 787.

<sup>9</sup> 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 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 BASSIOUNI, M. Ch., *Crimes Against Humanity In International Criminal Law*. p. 248; MEYROWITZ, H., *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*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, p. 255; DIXON en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, art. 7, p. 125, marg. 9; SUNGA, L. S., en AMBOS y GUERRERO (Compiladores), *El Estatuto de Roma de la CPI*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 249; AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Criminal Law Forum* 13: 2002, p. 17 y p. 35, citando jurisprudencia del TPIY y el TPIR.

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<sup>10</sup>.

En mi opinión la regulación del principio de legalidad en nuestro Derecho, que recoge un principio de legalidad férreo y estricto, impide aplicar directamente por los tribunales penales costumbres internacionales, ya que éstas no puede responder a las exigencias tanto formales<sup>11</sup> como materiales que nuestro ordenamiento atribuye a este principio<sup>12</sup>, 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 afirma, en cambio, que ello no supone infracción alguna del principio de legalidad. Para ello argumenta que la norma penal de Derecho interno del art. 607 bis en realidad incorpora en nuestro Derecho una norma preexistente de Derecho internacional público que además goza del carácter de *ius cogens* internacional y por tanto tiene validez obligatoria *erga omnes*. Reconoce la Sala que la norma internacional no establece la sanción penal y a pesar de ello, el tribunal se declara 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 haberle llevado al reconocimiento de su carácter *non self executing*, lo que impide sin más la aplicación directa por el tribunal interno<sup>13</sup>. En cambio, el tribunal, tras reconocer la inaplicabilidad de la norma internacional hasta que se incorpore al ordenamiento interno, argumenta que el mandato o prohibición que la norma interna incorpora existía ya con anterioridad y por tanto su aplicación no sería retroactiva respecto del mandato o prohibición que recoge. Con esta argumentación obvia el tribunal dos problemas fundamentales: el primero el de la taxatividad como requisito de un principio de legalidad férreo propio de nuestro ordenamiento y que la costumbre es incapaz de proporcionar. El segundo el referido al principio de legalidad de las penas.

La costumbre como fuente de Derecho penal no puede cumplir con las exigencias que nuestro ordenamiento, jurisprudencia y doctrina atribuyen al principio de legalidad: ni con la garantía formal que nuestro Tribunal Constitucional atribuye al principio de legalidad<sup>14</sup>, ni con el fundamento democrático de dicha garantía formal, ni, sobre todo, con su vertiente material, que consiste no sólo en la preexistencia del mandato o

<sup>10</sup> Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pág. 87 nota 105 con ulteriores citas.

<sup>11</sup> 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. Véase, entre otras, las sentencias 25/1984, de 23 de febrero; 3/1988, 21 de enero; 101/1988, de ocho de junio; 29/1989, de seis de febrero; 69/1989, de 20 de abril puente, 150/1989, de 25 de septiembre; 219/1989, de 21 de diciembre, etc.

<sup>12</sup> Véase sobre ello Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 93 y ss.

<sup>13</sup> GIL Gil, *Derecho penal internacional*, p. 95 y ss.

<sup>14</sup> Véase supra la nota 11

prohibición sino también en la exigencia de taxatividad<sup>15</sup>. 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 Nuremberg hasta nuestros días como la propia Sala reconoce<sup>16</sup>. Baste sólo recordar que en el momento en que se elabora el Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia (1991) todavía no está muy clara la existencia de un crimen contra la humanidad independiente de la situación de guerra en el Derecho internacional consuetudinario<sup>17</sup>. 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<sup>18</sup>.

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 siendo suficiente la *lex* expresada en normas consuetudinarias y principios generales del Derecho aunque sea ambigua e insegura y cita como precedente digno de alabanza los juicios de Nuremberg que tan duras críticas merecieron, incluso en nuestra doctrina, por infringir gravemente los principios de legalidad y de irretroactividad<sup>19</sup>, repitiendo 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<sup>20</sup>. Al respecto debo contestar que la relajación admisible en el principio de

<sup>15</sup> GIL GIL, *Derecho penal internacional*, pp. 87 y ss., con ulteriores citas doctrinales y jurisprudenciales.

<sup>16</sup> 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*, ob. cit., pp. 32, 38 y 39.

<sup>17</sup> El profesor BASSIOUNI, especialista en el crimen contra la humanidad y padre del informe del Secretario General de Naciones Unidas que dio luego origen al Estatuto del TPIY, declaraba en un congreso en Siracusa, que había introducido en la definición del crimen contra la humanidad en el mencionado Estatuto 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 el TPIY en sus sentencias, afirmó, sin embargo, que en la actualidad tal requisito de conexión con la guerra no pertenece ya 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.

<sup>18</sup> 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*, pp. 106 y ss. Y 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 le podemos 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 con la preexistencia de la prohibición de la conducta básica véase también MALARINO, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Max Planck Institut, Konrad Adenauer, Montevideo, 2003, pp. 59-60.

<sup>19</sup> Véase las opiniones recogidas por Alicia Gil, *Derecho penal internacional*, página 66 y siguientes. Entre los autores españoles sumamente críticos con la infracción del principio de legalidad en estos procesos están JIMÉNEZ DE ASÚA, CERZO MIR, GIMENO SENDRA, etc.

<sup>20</sup> Como el de que el principio de legalidad nació para proteger al individuo frente al Estado pero no para pro-

legalidad internacional debe referirse únicamente a los aspectos formales del mismo pero no a su contenido material<sup>21</sup> y sólo opera en el ámbito internacional, teniendo en cuenta que no todos los Estados entienden este principio en el mismo sentido, pero no en la aplicación del mismo por los tribunales nacionales como Derecho interno. La interacción de fuentes del Derecho internacional permite cumplir con el requisito de taxatividad mediante la codificación de la costumbre<sup>22</sup>. Si es el texto escrito el que dota de taxatividad a la costumbre internacional sólo a partir de la codificación podrá admitirse una aplicación de la *lex* respetuosa con el principio de legalidad<sup>23</sup>. Así lo ha entendido el Estatuto de la Corte penal internacional que celoso del respecto 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<sup>24</sup>. 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 aplicando normas internacionales ni tampoco siquiera un órgano interno aplicando Derecho internacional pues, como ha reconocido, la norma internacional no era *self executing*, sino un órgano jurisdiccional interno aplicando 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 las mismas no existieran o fueran diferentes en otros ordenamientos<sup>25</sup>. Los tribunales

teger a criminales que atacan masivamente los derechos mas elementales de los ciudadanos. En contra de este argumento “falaz” véase MALARINO, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, ob. cit., pp. 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.

<sup>21</sup> GIL GIL, *Derecho penal internacional* página 87 y siguientes

<sup>22</sup> GIL GIL, *Derecho penal internacional* página 88 y siguientes

<sup>23</sup> 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*, página 73 y siguientes y más abajo la nota 26. Como señala CEREZO MIR, *Curso*, I, 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 realizado reservas a estos preceptos precisamente por considerarlos incompatibles con el principio de legalidad tal y como éste se recoge en sus Constituciones. Véase JESCHECK, *Lehrbuch*, p.133, nota 25, Tratado, p. 142, nota 31, MALARINO, *Persecución...* ob. cit. p. 57, FERRANTE, en SANCINETTI y FERRANTE, *El Derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 442, para quien esto demuestra “la explícita actitud del Estado argentino contraria a privar al derecho 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).

<sup>24</sup> Art. 24.

<sup>25</sup> 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 Nuremberg, 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 ej. Francia, caso Barbie; Países Bajos, caso Menten, etc. Véase AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, pp. 190 y ss., el mismo, *La*

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<sup>26</sup>. Conforme a nuestra Constitución no hay forma de argumentar que supuestas normas de Derecho penal internacional prevalezcan sobre los derechos y garantías previstas en la Constitución española<sup>27</sup>. Y si es el art. 607 bis el que ha dotado de taxatividad a la norma internacional sólo una aplicación del mismo 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) y que es según acaba de decir la previsible para el acusado, sino la del art. 607 bis<sup>28</sup>. Pero es que además el argumento es peregrino pues cuando el art. 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 art. 607 bis con carácter retroactivo el tribunal tendría que poder argumentar que se trataba de una ley más favo-

*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. Véase 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 11.

<sup>26</sup> 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, *ob. cit.* pp. 53 y 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 entrecomillado 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.

<sup>27</sup> Véanse los arts. 93 a 96 de la CE, en especial el art. 95. En el mismo sentido respecto del Derecho argentino, MALARINO, *ob. cit.* y los votos particular de los magistrados BELLUSCIO, FAYT y VÁZQUEZ a la Sentencia de la Corte Suprema Argentina de 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 las mismas, 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

<sup>28</sup> Por cierto que 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, diez de ellos cumplidos en libertad.

table 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<sup>29</sup> y ni siquiera con la aplicación del genocidio podría haberse llegado a una pena tan alta como la que surge de la aplicación del 607 bis<sup>30</sup>.

El principio de legalidad de las penas exige que la pena esté determinada antes de la comisión del delito, estimando la doctrina española incluso que un marco penal excesivamente amplio es contrario a dicho principio<sup>31</sup>.

### 3. La persecución de crímenes contra la humanidad bajo el principio de jurisdicción universal

Pero la parte más creativa, si cabe, de la sentencia, es aquella en la que se afirma la competencia por el principio de justicia universal para conocer de los crímenes contra la humanidad imputados al acusado a pesar de que este delito no ha sido introducido en la LOPJ, como la doctrina venía reclamando<sup>32</sup>, ni la obligación de su persecución universal viene dispuesta en ningún tratado internacional.

Primero recuerda la Sala que esta competencia vendría ya reconocida sobre los delitos de genocidio (calificación que previamente rechazó) y de terrorismo (que consideraba subsumido en el de crimen contra la humanidad, lo que resulta más que discutible). Al respecto hay que decir lo siguiente: Respecto del delito de genocidio sorprende que la Audiencia opte por una interpretación estricta (correcta) o amplia (que incluye a los crímenes contra la humanidad, errónea) según le convenga. Además, hay que recordar que en la sentencia Guatemala, a pesar de la correcta utilización de un concepto estricto de genocidio, el TS había negado la competencia sobre dicho delito al no poder constatarse la comisión de un genocidio de españoles<sup>33</sup>. Respecto del delito de terrorismo, si es consumido por el delito de lesa humanidad pero sólo está clara la competencia sobre el consumido entonces el tribunal debe perseguir sólo por ese. Veremos que sin embargo quiere fundamentar también la competencia sobre el delito de lesa humanidad, pero en todo caso, y pese a que el TS reconoció la competencia de los tribunales españoles para perseguir por el delito de terrorismo en su sentencia de 27 de noviembre de 2004 (Scilingo), lo cierto es que en dicha sentencia y en esta de la Audiencia se está obviando la doctrina del TS en el caso Guatemala. En la sentencia Guatemala el TS, tras poner en duda la calificación de los hechos como delito de terrorismo

<sup>29</sup> Dejando al margen ahora los problemas de jurisdicción.

<sup>30</sup> El homicidio con una agravante constitutivo de genocidio tiene asignada una pena de prisión de 15 a 20 años (art. 607.1.1º), 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.

<sup>31</sup> CERREZO, *Curso de Derecho penal español*, t. I, Madrid, 2004, p. 207; RODRIGUEZ MOURULLO, en NEJ, t. XVI, Barcelona, 1971, p. 890; *Grupo de Estudios de Política Criminal*, ob.cit., p. 32, en referencia a la escasa determinación de las penas en el Estatuto de Roma.

<sup>32</sup> *Grupo de Estudios de Política Criminal*, ob. cit., p. 57, GIL GIL, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, n. 8 C, p. 513.

<sup>33</sup> STS nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

según la ley española vigente en el momento de comisión, señala que en todo caso no se conecta directamente con intereses españoles, aunque los mismos se hayan visto afectados por otros hechos cometidos en el mismo contexto histórico, ni se encuentra en nuestro territorio el presunto culpable y *se ha denegado la extradición solicitada*.

En la sentencia Guatemala, cuya doctrina se repite en las posteriores de 8 de marzo y de 27 de noviembre de 2004, el TS hizo una interpretación restrictiva del principio de justicia universal mediante la exigencia de una conexión del delito perseguido con intereses españoles. En opinión del TS, cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de Derecho internacional público (el principio de no intervención en asuntos de otros Estados),<sup>34</sup> 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<sup>35</sup>. Además, “la conexión deberá aparecer en relación 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”.<sup>36</sup>

La decisión del caso Guatemala, a pesar de contar con el voto en contra de un amplio número de magistrados, y ser, en mi opinión, rechazable por introducir requisitos no previstos en la Ley que convierten el principio universal en otro de protección de intereses o de personalidad pasiva limitado<sup>37</sup>, ha sido acogida en otras sentencias posteriores: el caso contra el Gral. chileno *Hernán Julio Brady Roche*, STS de 8 de marzo de 2004,<sup>38</sup> y el caso Scilingo, STS de 15 de noviembre de 2004,<sup>39</sup> con lo que puede decirse que ya ha creado jurisprudencia, aunque lo cierto es que ambas sentencias relajan algo la estricta interpretación de la sentencia Guatemala. La doctrina

<sup>34</sup> Los límites al principio de no intervención en asuntos internos en lo referente a hechos que afectan a derechos humanos sólo 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 Naciones Unidas. Fundamento noveno.

<sup>35</sup> Fundamento noveno. El TS quiere fundamentar estos límites en la costumbre internacional, y para ello cita una serie de resoluciones de otros países y del Tribunal Internacional de Justicia, ninguna de las cuales, sin embargo, aborda el tema de la legalidad o los límites en Derecho internacional del ejercicio del principio de justicia universal. 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 *Henzelín*, La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l’arrêt Yerodia, *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. En contra de la exigencia de este requisito en Derecho internacional AMBOS, en FISCHER, KREB, LÜDER, *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, Berlin Verlag, p. 779 y ss.

<sup>36</sup> Fundamento noveno.

<sup>37</sup> Véase CEREZO MIR, *Curso*, I, p. 256.

<sup>38</sup> STS núm. 319/2004.

<sup>39</sup> N°: 1362/2004

de aquella sentencia puede resumirse diciendo que el TS pone unos límites para la aplicación del principio de jurisdicción universal cuando el mismo ha sido decidido unilateralmente por un Estado en atención a la naturaleza del delito pero no viene reconocido en el Derecho internacional convencional. Estos límites son la exigencia de una conexión con intereses españoles o que el sujeto se halle en territorio español y no se acceda a la extradición solicitada (justicia supletoria o de Derecho penal de representación). Pero a pesar de repetir literalmente la doctrina anterior, a la hora de concluir conforme a la misma en el caso concreto que les ocupa, las sentencias de 8 de marzo y 15 de noviembre de 2004 operan una relajación de todos los requisitos que acaban de mencionar. Relajación que unas veces es, en mi opinión, aplaudible, y otras, en cambio, censurable. Así, el TS en el caso Scilingo afirma que, aunque ni el Convenio internacional contra el genocidio, ni el Convenio Europeo contra el terrorismo, ni la Convención contra la tortura establecen el principio de justicia universal, es compatible con el Derecho internacional la extensión en este caso de la jurisdicción española...

“...ya que los delitos de genocidio, torturas y terrorismo afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, y si a ello añadimos que el presunto culpable se halla en territorio español, que existe un punto de conexión directo con intereses nacionales en cuanto aparecen víctimas de nacionalidad española y que no consta que se encuentre encausado por estos mismos hechos en Argentina...”

Es decir, por una parte parece convertir la presencia del acusado en territorio español en fundamento para la jurisdicción, y se le olvida el dato fundamental de que ello exigiría que se diese la premisa, que no concurre en ninguno de los casos analizados, de que se hubiese solicitado la extradición a España del presunto responsable y ésta hubiese sido denegada<sup>40</sup>. Por otro lado, tampoco es cierto que siga la doctrina de la sentencia Guatemala en cuanto a la exigencia de conexión con intereses españoles, ya que aquella sentencia limitaba la competencia a los casos de víctimas españolas, rechazando además el genocidio del grupo nacional de los españoles o que un posible delito de terrorismo afectara a intereses españoles, mientras que aquí se conforma el tribunal para afirmar la conexión con la existencia en el contexto enjuiciado de víctimas españolas que al parecer legitimaría la competencia sobre todos los demás casos en los que no se puede probar una víctima española. En el proceso a Scilingo llevado a cabo ante la Audiencia Nacional se recoge una lista de víctimas españolas de la dictadura argentina pero se admite que no se sabe si en alguno de los vuelos de la muerte en los que participó Scilingo había algún español. El acusado es condenado finalmente por la muerte de 30 personas de identidad desconocida y tampoco la persona torturada ni la detenida se dice que tuvieran nacionalidad española. A la Audiencia le basta con la presencia de víctimas españolas en el contexto y no lo exige

<sup>40</sup> El principio *aut dedere aut punire* está pensado para evitar la impunidad a la que llevan algunas limitaciones a la extradición como por ej. la nacionalidad de la víctima, etc. pero de ninguna manera permite otorgar competencia sobre un delito por la mera presencia del acusado en el territorio.

en los delitos concretos imputados, en contra de lo que había decidido el TS en el caso Guatemala.

Esta ampliación, sin embargo, no me parece censurable, aunque se aparte de la doctrina del TS en la sentencia Guatemala, dado que en la misma se introdujeron exigencias que no están en la Ley, pues ésta establece la jurisdicción universal en consideración exclusivamente a la naturaleza internacional del delito y no a la conexión con intereses españoles. Sin embargo, si me parece rechazable la interpretación amplia de genocidio a la que de nuevo parece apuntarse y también que la argumentación se haga apoyándose en una doctrina que en realidad no se sigue sino que se contradice totalmente.

Pero además, como he anunciado, la competencia no se ejerce sobre alguno de los delitos sobre los que la había confirmado el TS en su sentencia de 15 de noviembre de 2004, sino sobre los crímenes contra la humanidad, que no se mencionan en la LOPJ ni existe un Convenio internacional que obligue a España a asumir la jurisdicción universal sobre los mismos<sup>41</sup>. En mi opinión, mientras no se modifique la Ley, los crímenes contra la humanidad sólo serán perseguibles por los tribunales españoles cuando hayan sido cometidos en territorio español (art. 23.1 LOPJ) o cuando a pesar de haberse cometido en el extranjero el autor tenga nacionalidad española (y concurren los requisitos establecidos en el art. 23.2 LOPJ) o sea funcionario público español y haya actuado en el ejercicio de sus funciones (art. 23.3 LOPJ) o la víctima sea una autoridad o un funcionario público español, el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente (art. 23.3 LOPJ)<sup>42</sup>. A pesar de todo

<sup>41</sup> 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: “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) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

<sup>42</sup> En relación con el apartado g) del art. 23.4 se pretendió argumentar la jurisdicción española, con base al principio de justicia universal, sobre el delito de tortura aludiendo al art. 5 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984. 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 g), sino sólo 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) El juez de Instrucción de la AN *Guillermo Ruiz Polanco* tampoco estimó aplicable el art. 5.2 de la Convención para fundamentar el principio de persecución universal de la tortura en el caso Guatemala A favor de la existencia del principio de jurisdicción universal para el delito de torturas *Gómez Benítez*, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 64 y 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. El TS, en su sentencia de 25 de febrero de 2003 en el caso 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

lo dicho sobre la inexistencia de competencia de nuestros tribunales para perseguir delitos de lesa humanidad por el principio de Justicia universal según el ordenamiento español, la AN afirma su competencia para conocer de los hechos bajo la calificación de delitos de lesa humanidad apelando a la naturaleza internacional del delito<sup>43</sup>:

“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...”

A continuación cita un fragmento de la argumentación del juez argentino Cavallo<sup>44</sup> en el auto de 6 de marzo de 2001 en el que declara nulas las leyes de obediencia debida y punto final y con ello parece adherirse a la opinión de que el Derecho internacional atribuye directamente competencia a todos los Estados sobre este delito por el principio de jurisdicción universal<sup>45</sup>:

Y concluye:

“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...”

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”.

La argumentación de la Audiencia Nacional es equivocada porque aunque el Dere-

que la reduce a los casos de víctimas de nacionalidad española. El apoyo legal se encuentra, según el TS, en el art. 23.4.g) que otorga competencia a los tribunales españoles cuando nuestro país ha adquirido una obligación convencional de perseguir que en este caso se encuentra recogida en el art. 5.1.c) de la Convención contra la Tortura, aunque lo cierto es que la Convención contra la Tortura tampoco obliga a castigar en caso de que la víctima sea nacional, sino que sólo otorga en este caso la posibilidad al Estado de hacerlo si así lo considera conveniente, con lo que, en puridad, no se trata de un supuesto comprendido en el art. 23.4.g), en contra de lo mantenido por el TS. Así también *Rodríguez Ramos* Límites de la jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos Pinochet y Guatemala), La Ley, año XXIV, nº 5788, 26 de mayo de 2003, pp. 2 y 3.

<sup>43</sup> Fundamento jurídico primero, número 5.

<sup>44</sup> Crítico con esta sentencia, que tampoco aplicó directamente los tipos internacionales, sino delitos comunes de Derecho interno, desde la doctrina argentina véase el interesantísimo análisis de MALARINO, en *Persecución penal nacional...* ob. cit., pp. 53 y ss,

<sup>45</sup> “... El derecho de gentes asigna competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en su contra (jurisdicción universal)...”

cho internacional permita la asunción de la competencia sobre estos delitos a cualquier Estado por el principio de Justicia universal debido al carácter internacional de los mismos (cosa que el TS no admite sin más) lo cierto es que ningún convenio ni costumbre internacional obliga a asumir esa competencia<sup>46</sup> y en el ordenamiento español es el legislador en la Ley el que determina el ámbito de competencia de los tribunales españoles, no cada tribunal y lo cierto es que hasta el momento el legislador español no ha hecho uso de esa facultad añadiendo este delito a los perseguibles bajo el principio universal en el art. 23.4 de la LOPJ. Lo que por otro lado sería deseable. Si la calificación jurídica de los hechos que otorga fundamento a la persecución universal según la ley española es la de genocidio o terrorismo, el tribunal tendrá que enjuiciar por tales delitos, si esas calificaciones en cambio, se consideran incorrectas, el tribunal no puede juzgar por crímenes contra la humanidad con base en el principio de jurisdicción universal, pues este delito no está recogido en el art. 23.4 de la LOPJ.

La Audiencia Nacional en su sentencia también argumenta con un principio de subsidiariedad rechazado por nuestro TS. En la sentencia Guatemala el TS había dicho:

“El criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano (...) una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado.”<sup>47</sup>

Con posterioridad se ha impuesto una versión mucho más razonable del “carácter subsidiario” del principio de justicia universal que entiende que se debe ceder la competencia a una jurisdicción preferente, como la del territorio, cuando ésta efectivamente haya comenzado la persecución del delito<sup>48</sup>. Sin embargo la AN en la sentencia que estamos comentando vuelve a la argumentación sobre la incapacidad de actuación de los tribunales argentinos, realizando un juicio que el TS había rechazado y apelando incluso al art. 17 del Estatuto de la CPI, cuando le hubiese bastado decir, y hubiese sido más correcto, que no había un procedimiento abierto contra Scilingo por los mismos hechos ante los tribunales del territorio.

<sup>46</sup> Los casos que cita la Audiencia para fundamentar sus afirmaciones lo son o bien de violaciones a los Convenios de Ginebra (único texto internacional que impone la obligación de perseguir universalmente) o de supuestos que tienen su apoyo en las respectivas legislaciones internas, lo que no ocurre en el nuestro.

<sup>47</sup> STS nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003, fundamento sexto.

<sup>48</sup> Así el TS en el caso Perú –STS de 20 de mayo de 2003 (ponente *Conde-Pumpido*)–, argumentó que “el cambio político acontecido en el Perú ha determinado la iniciación de procesos penales contra varios de los querrelados”. En el mismo sentido la STS en el caso Scilingo, fundamento jurídico sexto.

#### 4. Otras carencias de la sentencia

Llama la atención también de la sentencia comentada que el tribunal no argumente en absoluto la clase de participación del acusado en los hechos. El Código penal español distingue entre autores y partícipes asignando penas diferentes según la contribución de cada uno a la comisión del delito<sup>49</sup>. A Scilingo sin embargo se le imputan 30 muertes<sup>50</sup>, una tortura y una detención ilegal constitutivos de crímenes contra la humanidad sin probar ni argumentar, salvo en el caso de la detención ilegal, la ejecución de actos típicos o el dominio del hecho por parte del acusado, que son los criterios mayoritariamente admitidos en nuestra doctrina para fundamentar la autoría<sup>51</sup>. En realidad la condena se basa en las propias declaraciones del acusado, pues no se presentan testigos directos de los hechos imputados a Scilingo, y en dichas declaraciones<sup>52</sup> únicamente se recoge que participó en dos vuelos de la muerte como integrante de la dotación pero Scilingo no responde directamente a la pregunta de si personalmente arrojó algún cuerpo al mar. Podría pensarse que el Tribunal ha vuelto a la denostada<sup>53</sup> y hace años abandonada<sup>54</sup> teoría del acuerdo previo para hacer responder como autores a todos los que han acordado cometer un delito, cualquiera que sea el papel que les corresponde en la comisión del mismo. Pero lo cierto es que la sentencia ni siquiera argumenta en este sentido, sino que directamente parece desconocer la distinción entre autoría y complicidad, condenando como autor al encausado por “su participación directa y personal en los hechos”, lo que resulta inadmisibles desde el Cp español. La Sala debe probar la comisión de actos típicos o el dominio del hecho del acusado para poder condenar como autor y en caso contrario deberá decidir si la participación en el delito es calificable

<sup>49</sup> Véanse los arts. 27, 28 y 29 del Cp.

<sup>50</sup> Tampoco queda muy claro cómo se han contabilizado esas 30 muertes, pues ni el mismo acusado sabe cuántas personas murieron en los vuelos en los que él participó. En las declaraciones ante Garzón dice que en un vuelo iban entre 25 y 27 secuestrados y en el otro 17. Únicamente en una carta remitida a un testigo hay una referencia a la cifra de 30 muertes, en ella afirma “lo hago con la deshonrosa autoridad que me da el haber revistado en la ESMA y reconocer que se impartieron ordenes inmorales, matando a treinta personas”, donde el uso del impersonal no deja claro si se auto-inculpa de haber matado personalmente a 30 personas. En todo caso la sentencia no aclara en qué elemento probatorio apoya el cómputo de las 30 muertes.

<sup>51</sup> Véase CERESO MIR, *Curso*, I, p. 213, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, PG, p.364, con abundantes citas jurisprudenciales.

<sup>52</sup> El Tribunal da por buenas las declaraciones realizadas ante el juez instructor en 1997 y no las realizadas ante la Sala en el Juicio oral en las que el acusado se desdice de todo lo confesado anteriormente. En aquellas declaraciones hechas en 1997 Scilingo reconoce haber estado presente en una tortura y su participación en dos vuelos de la muerte, como integrante de la dotación, pero no responde directamente a la pregunta de si cogió cuerpos y los lanzó personalmente al mar. El tribunal no recoge ninguna prueba de ello. La sala llega a afirmar incluso que “no puede pedirse que lo que se hizo en la clandestinidad más absoluta, con la intención y el cuidado de no dejar pruebas de ninguna clase... pueda probarse en estos momentos a través de pruebas directas y objetivas y de testimonios directos de los hechos imputados”, y se conforma con la prueba de la participación del acusado en hechos que se enmarcan en otros que sí quedan probados por otras pruebas. En definitiva, el tribunal solo ha podido probar mediante testimonios las actividades criminales de la ESMA, pero respecto de la participación de Scilingo en dichas actividades criminales prácticamente solo cuenta con las declaraciones del propio acusado ante el juez instructor y cartas remitidas por él a diversas autoridades y víctimas, y respecto de la ejecución de actos típicos por parte de Scilingo no cuenta siquiera con declaraciones del acusado salvo su reconocimiento de la participación en una detención ilegal. A pesar de ello el tribunal declara que el acusado debe responder del delito de lesa humanidad “en concepto de autor... al constar perfectamente acreditada su participación directa y personal en los hechos”.

<sup>53</sup> Véase, por todos, GIMBERNAT, *Autor y Cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 78 y ss.

<sup>54</sup> Véanse entre otras las SSTs de 25 de enero de 1977, 21 de diciembre de 1988.

de cooperación necesaria o de mera complicidad, según los criterios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. O quizás, si se trató de una inactividad, si lo que realizó fue un delito de omisión pura, como parece respecto del hecho de estar presente en una tortura cometida por superiores.

Sorprendente y criticable resulta también la combinación de textos legales que realiza el tribunal para establecer el límite de 30 años al cumplimiento de la condena. Argumenta para ello que se trata del límite vigente en la época de producción de los hechos (art. 70. 2 del Código penal de 1973 ). Si al tribunal realmente le importase el principio de legalidad de las penas debería haber aplicado una pena vigente en 1976, pero la aplicación de una pena introducida en el Código penal de 1995 en el año 2004 a la que se adjudica un límite del cumplimiento establecido en un precepto del Código de 1973 supone una combinación de textos legales prohibida por el párrafo primero de la Disposición transitoria segunda del Código penal de 1995<sup>55</sup>.

## V. Conclusiones

Podemos concluir que, en el afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se han realizado en nuestro país interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, y en ocasiones se ha ido todavía más lejos, vulnerando peligrosamente los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley penal como en la sentencia que estamos comentando. Este afán por impedir la impunidad se contrapone con el deseo evidenciado en otras resoluciones de evitar la proliferación de procesos por delitos internacionales ante nuestra Audiencia Nacional. Evidentemente la AN no puede convertirse en la Corte Penal Internacional, pues no tiene capacidad ni jurídica, ni material, ni política para llevar a cabo tal tarea. Pero en la denegación de jurisdicción para todos estos supuestos que se presentaron tras la apertura del sumario Chile –Argentina (Guatemala, Fidel Castro, Perú<sup>56</sup>) se han manejado los criterios más variados, que han dejado insatisfechos y perplejos a los demandantes, cuando hubiera sido más fácil en la mayoría de los casos hacer una adecuada interpretación de los tipos y en otras ocasiones se debería sin más haber admitido la jurisdicción. El propio TS ha ido variando su propia doctrina según quien sea el ponente de la correspondiente sentencia, lo que crea un gran desconcierto y parece impropio de un tribunal de casación, y así, en el caso Scilingo, aunque se reproduce literalmente la doctrina del caso Guatemala, se llega finalmente a una solución bien distinta que traiciona la mencionada doctrina. La sentencia que estamos comentando ha sido recurrida ante el TS y ahora le toca de nuevo a nuestro Alto Tribunal hacer encaje de bolillos para evitar la impunidad con un ordenamiento jurídico insuficiente para tal fin, con lo que son de esperar nuevos errores en la aplicación de la ley (quizás de nuevo un uso incorrecto del tipo del genocidio).

<sup>55</sup> "Para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro código". El aplicar preceptos de ambos códigos simultáneamente implica la creación de una tercera ley nueva con la consiguiente arrogación de funciones legislativas. Véase con citas de doctrina y jurisprudencia, CEREZO MIR, *Curso I*, pp 234 y 235.

<sup>56</sup> Véase sobre los mismos la bibliografía citada en la nota 1.

Respecto del principio de jurisdicción universal estimo que hubiera sido oportuno que el legislador lo extendiera a todos los delitos internacionales, como se había sugerido, es decir, incluyendo todos los crímenes de guerra, y no sólo las violaciones graves a los Convenios de Ginebra y los crímenes de lesa humanidad, si bien el legislador podría introducir algún criterio de oportunidad siguiendo el modelo alemán<sup>57</sup>.

En todo caso sólo el legislador puede solventar los defectos que presenta el ordenamiento español para la persecución de crímenes internacionales y que se han puesto de manifiesto en estos procesos. En nuestro sistema jurídico los tribunales deben sujetarse estrictamente a la Ley interna. No puede afirmarse que en nuestro país supuestas normas de Derecho penal internacional prevalezcan sobre los derechos y garantías previstas en la Constitución española. Y por otra parte la lucha contra la impunidad no debe hacerse a costa de los principios y garantías esenciales del Estado de Derecho y del Derecho penal moderno, pues una condena conseguida a esta costa no supondría en absoluto un avance para la Justicia sino todo lo contrario.

<sup>57</sup> Véase GIL GIL, *Persecución penal nacional...* ob. cit. p. 397.