

# LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL.

## El caso de la represión en Argentina

Cristina Fernández-Pacheco Estrada  
Profesora de Derecho Penal  
Universidad de Alicante

Con la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo se culmina, al menos por el momento, el primer proceso suscitado en virtud del principio de jurisdicción universal. Todos los aspectos más conflictivos en la aplicación de esta polémica cláusula han sido abordados y, en cierto modo, resueltos. También lo han sido los principales aspectos de los delitos de lesa humanidad y del genocidio. Lo aquí sostenido tendrá una indudable influencia en los restantes procedimientos de esta naturaleza que se han planteado ante nuestra jurisdicción. Y, sin embargo, a la vista de la arriesgada posición mantenida por el Alto Tribunal, cabe aventurar que los problemas interpretativos no han hecho más que comenzar.

### I. INTRODUCCIÓN

El caso del militar argentino Adolfo Scilingo ha resultado ser uno de los más polémicos en lo que respecta a aquellos delitos tradicionalmente atribuidos al Derecho Penal Internacional. Así lo prueban no sólo las abundantes críticas efectuadas por la doctrina<sup>1</sup>, sino también las tres calificaciones<sup>2</sup> distintas llevadas a cabo por diferentes órganos judiciales españoles o el hecho de que la sentencia del Tribunal Supremo venga acompañada por cuatro votos particulares<sup>3</sup>.

Son varias las razones que explican el especial carácter conflictivo del supuesto: la atribución de competencia a través del de por sí problemático principio de jurisdicción universal, la práctica inexistencia de jurisprudencia española en la materia, las recurrentes dificultades a la hora de diferenciar el delito de genocidio de los crímenes de lesa humanidad o el problemático tratamiento de los grupos políticos.

<sup>1</sup> Entre otros, en el ámbito nacional, GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Scilingo”, *Jueces para la democracia*, 53, 2005, págs. 7-16; en el internacional, TOMUSCHAT, C., “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, *Journal of International Criminal Justice*, 3, págs. 1074 a 1080.

<sup>2</sup> A efectos de este trabajo, considero únicamente tres de las calificaciones planteadas, dejando de lado el posible delito de terrorismo y las torturas, que traen consigo gran cantidad de problemas de otra naturaleza y que exceden el propósito del análisis aquí emprendido.

<sup>3</sup> Los votos particulares que acompañan a la sentencia del Tribunal Supremo corresponden a los magistrados Varela Castro, Maza Martín, Jiménez García y Marchena Gómez.

En este contexto, no resulta sorprendente la disparidad de opiniones al respecto, como tampoco lo es el interés que han despertado en la comunidad internacional los casos sustanciados ante instancias españolas. En tiempos como los actuales, en que las jurisdicciones nacionales finalmente comienzan a asumir un papel algo más activo en la persecución y el castigo de delitos como el genocidio o los delitos de lesa humanidad<sup>4</sup>, las aportaciones de la jurisprudencia española al respecto resultan de suma importancia. Sin duda, lo que se establezca en estos primeros casos determinará en cierto modo el desarrollo de otras causas abiertas en España. Pero además, previsiblemente sus repercusiones traspasarán las fronteras nacionales para llegar a otros Estados que contemplan, en mayor o menor medida, el principio de jurisdicción universal pudiendo alcanzar, incluso, al propio Tribunal Penal Internacional que reconoce expresamente el Derecho comparado como fuente<sup>5</sup>.

## II. ANTECEDENTES

Los hechos imputados a Adolfo Scilingo se enmarcan en la denominada “guerra sucia” que tuvo lugar en Argentina entre 1976 y 1983. Durante este período de dictadura militar se inició una intensa represión contra ciertos sectores de la población, empleando contra ellos todo tipo de torturas, detenciones ilegales, secuestro de los niños nacidos en cautiverio y desapariciones forzadas. Estas purgas respondían a un plan de destrucción de los denominados “enemigos del alma argentina”, que eran, según se desprende de los planes del ejército, todos aquellos que se oponían a la “civilización occidental y cristiana”, incluyendo a miembros de organizaciones político-militares, políticas, gremiales, estudiantiles o religiosas, aunque también a aquellas personas de una u otra forma vinculadas a estos colectivos<sup>6</sup>. Entre las víctimas se encontraban obreros, estudiantes, empleados, amas de casa, docentes, periodistas, intelectuales, religiosos e

<sup>4</sup> Este es el caso de aquellos países donde graves violaciones de derechos han tenido lugar (es el caso de Ruanda, Kosovo o Timor Oriental) sino también de terceros Estados que asumen la competencia a través de otras vías. Ejemplos de este tipo de procedimientos son los casos Munyeshyaka y Bucyibaruta, en Francia, o el caso Munyaneza, en Canadá. Respecto a los procesos mantenidos ante las jurisdicciones nacionales, véanse SCHABAS, W.A., "National Courts finally begin to Prosecute genocide, the «crime of crimes»", *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003, pag. 39-63; CASSESE, A./ DELMAS-MARTY, M., *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*, Paris, 2002.

<sup>5</sup> Artículo 21.1, c) Estatuto de Roma: “En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.”

<sup>6</sup> Informe “Nunca más” de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Informe CONADEP, en adelante), en versión electrónica en <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/nuncamas.html> (7 de febrero de 2008). Estos mismos hechos fueron declarados probados por las sentencias SAN 16/2005, hecho probado primero, 2; STS 798/2007, antecedente primero, 1.

incluso miembros de las fuerzas de seguridad<sup>7</sup>. Las cifras de desaparecidos en este período oscilan entre las 20.000 y 30.000 personas<sup>8</sup>.

En su condición de oficial de la Armada del Ejército argentino, Adolfo Scilingo fue destinado a la Escuela Mecánica de la Armada (E.S.M.A.), en la que le fueron asignadas tareas eminentemente logísticas, lo cual le dio la ocasión de conocer las terribles condiciones de los interrogatorios, las torturas, los secuestros de hijos de las mujeres detenidas o las cremaciones de cuerpos. Consta además su participación en dos de los denominados “vuelos de la muerte”, consistentes en arrojar vivos al mar a los detenidos que previamente habían sido drogados y despojados de sus ropas; con ello, no cabe duda que Scilingo se involucró de forma definitiva en la ejecución del plan<sup>9</sup>.

Siendo estos los hechos, se han planteado diferentes calificaciones. Inicialmente, durante la instrucción del caso, el delito considerado aplicable fue el de genocidio, entendiendo que los grupos víctimas de los ataques podían ser esencialmente incluidos en los grupos nacionales<sup>10</sup>. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia, la Audiencia Nacional consideró que, aun siendo válida esta interpretación del genocidio, a la vista de la introducción de los delitos de lesa humanidad en el Código Penal español<sup>11</sup>, ésta última se convertía en la calificación más adecuada<sup>12</sup>. La sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo, el cual apreció una violación del principio de legalidad en la aplicación de una figura no prevista en el Código hasta 2003 y, por tanto, inexistente en el momento de la comisión de los hechos; sin embargo, el acusado fue condenado por sendos delitos de detenciones ilegales y asesinatos constitutivos de delitos de lesa humanidad según el Derecho Penal Internacional<sup>13</sup>.

Veamos con más detenimiento las distintas calificaciones propuestas y los problemas que plantea cada una ellas.

---

<sup>7</sup> Informe CONADEP, conclusiones; SAN 16/2005, hecho probado primero, 5; STS 798/2007, antecedente primero, 1.

<sup>8</sup> Véase SAN 16/2005, hechos probados, primero, 5; STS 798/2007, antecedente primero, 1.

<sup>9</sup> Véase SAN 16/2005, hechos probados, segundo.

<sup>10</sup> Entre otros, AAN de 4 de noviembre de 1998.

<sup>11</sup> Los delitos de lesa humanidad fueron introducidos en el Código Penal en virtud de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre. La incorporación de la figura de los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis) se debe a la necesaria armonización de la legislación interna española con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, que fue ratificado por España el 24 de octubre de 2000.

<sup>12</sup> SAN 16/2005. Acerca de esta sentencia, GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Scilingo”, op. cit., págs. 7-16; FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo”, *Jueces para la democracia*, 55, marzo 2006, págs. 48 a 58; CASTRESANA FERNANDEZ, C., “De Nüremberg a Madrid”, *Jueces para la democracia*, 54, 2005, págs. 3 a 11; TOMUSCHAT, C., “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, op. cit., págs. 1074 a 1080; PINZAUTTI, G., “An instance of reasonable universality. The Scilingo Case”, *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, págs. 1092-1105.

<sup>13</sup> STS 798/2007.

### III. LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS

#### 1. La posición inicialmente mantenida por la Audiencia Nacional: el delito de genocidio

##### 1.1. Fundamento

Una de las calificaciones manejadas en el sumario seguido contra Adolfo Scilingo fue la de considerar que se trataba de un delito de genocidio. Así se entendió en varios autos de la Audiencia Nacional<sup>14</sup>. Ya que este delito se define a partir de una serie de conductas llevadas a cabo “con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”<sup>15</sup>, a la vista de los hechos, el problema principal residía en determinar a qué grupo en concreto se trataba de destruir. Tradicionalmente, se venía considerando que las víctimas de la brutal represión en Argentina conformaban grupos políticos, los cuales no se encuentran incluidos en el tipo delictivo, que contiene una enumeración exhaustiva de los grupos protegidos<sup>16</sup>. Este constituía el mayor obstáculo de tal calificación, por cuanto los demás elementos del delito, en principio, parecían concurrir. Para superarlo, fueron expuestos diversos argumentos.

---

<sup>14</sup> Entre otros, AAN de 25 de marzo de 1998; AAN de 11 de mayo de 1998; AAN de 25 de marzo de 1998; AAN de 4 de noviembre de 1998.

<sup>15</sup> El genocidio viene recogido en el artículo 607 CP, que a su vez proviene (aunque con ciertas modificaciones) de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Convención contra el Genocidio, en adelante), aprobada en 1948 y ratificada por España en 1968. Artículo 607.1 CP: “Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros; 2º Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado; 3º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149; 4º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150; 5º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro; 6º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.”

<sup>16</sup> Así lo considera la doctrina mayoritaria, AKHAVAN, P., “The Crime of genocide in ICTR Jurisprudence”, *Journal of International Criminal Justice* 3, 2005, pág. 11; KREß, C., “The Crime of Genocide under International Law”, *International Criminal Law Review* 6, nº 4, 2006, pág. 473; METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, New York, 2005, pág. 230; RATNER, S. R./ ABRAMS, J. S., *Accountability for human Rights atrocities in international law. Beyond Nuremberg legacy*, Oxford, 2nd ed., 2001, pág. 32; SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000, pág. 130; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005, pág. 576. También en este sentido, la jurisprudencia internacional, *Kayishema and Ruzindana Trial Judgement* (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), párrafo 98; *Krstić Trial Judgement* (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), párrafo 554; *Jelisić Trial Judgement* (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), párrafo 69. En España, STS 798/2007 f. de D. décimo, 5.

En primer lugar, la existencia del término “social” entre los posibles grupos víctima de genocidio según lo definía el Código Penal español entre 1971<sup>17</sup> y 1983<sup>18</sup>. Desde luego, tal inclusión constituía una extensión respecto a la Convención contra el Genocidio, en la que este tipo de grupos, así como los políticos o los económicos fueron expresamente excluidos<sup>19</sup>. Ciertos autores atribuyen esta modificación a un error cometido al implementar el texto del Tratado internacional, lo cual parece encajar con el contexto político español del momento<sup>20</sup>. Sin embargo, ya fuera por error o de forma consciente, la realidad es que el delito de genocidio estuvo configurado de ese modo precisamente en el período en que los delitos fueron cometidos. De hecho, la doctrina de la época consideraba que, incluso defendiendo un concepto restringido del grupo social, los de carácter político tenían claramente cabida<sup>21</sup>.

En segundo lugar, la Audiencia alegaba que las víctimas integraban un grupo que, aunque sumamente heterogéneo, estaba claramente diferenciado. De este modo, el grupo objeto de los ataques estaba compuesto por “ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país”<sup>22</sup>. No obstante, aun aceptando la capacidad de los agresores de identificar a los miembros del grupo a destruir, persistía la necesidad de determinar conforme a qué criterio se llevaba a cabo esta diferenciación. Dos propuestas fueron

---

<sup>17</sup> Año en que se aprueba la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que introducía el delito de genocidio en los siguientes términos: “Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1º Con la pena de reclusión mayor a muerte, si causaren la muerte de alguno de sus miembros. 2º Con la de reclusión mayor, si causaren castración, esterilización, mutilación o bien alguna lesión grave. 3º Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro”.

<sup>18</sup> L.O. 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. El artículo 137bis quedó modificado en los siguientes términos: “Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1. Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros. 2. Con la reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro.”

<sup>19</sup> En general, a propósito de la Convención contra el Genocidio, véanse ROBINSON, N., *The Genocide Convention. A Commentary*, New York, 1960; PLANZER, A., *Le crime de génocide*, St. Gallen, 1956; DROST, P., *The crime of State: genocide. United Nations legislation on International Criminal Law*, Volume 2, Leiden, 1959.

<sup>20</sup> RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho penal: parte especial*, Madrid, 1977, pág. 571; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 16ª ed., 2007, pág. 749.

<sup>21</sup> CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1978, pág. 96; VARELA FEIJÓO, J., “El delito de genocidio”, *Temas Penales*, Santiago de Compostela, 1973, pág. 131; BELTRÁN BALLESTER, E., “El delito de genocidio”, *Cuadernos de Política Criminal* 6, 1978, págs. 45 y 46.

<sup>22</sup> AAN de 4 de noviembre de 1998, f. de D. quinto.

ofrecidas en los Autos estudiados: calificarlos como grupos religiosos o como grupos nacionales.

En cuanto a la posibilidad de considerar a las víctimas como miembros de un grupo religioso, es el Auto de la Audiencia Nacional de marzo de 1998 el que apostó de forma decidida por esta opción<sup>23</sup>. La idea que preside esta interpretación es que “los grupos ideológicos o políticos deberían ser tratados igual que los religiosos, pues ambos tienen una idea común (la ideología) que une a sus miembros”<sup>24</sup>. Según los hechos declarados probados y, muy especialmente, según lo establecido por el Informe CONADEP, el fundamento último de la represión de la dictadura fue el de preservar la moral cristiana occidental, lo cual fue puesto de manifiesto por sus dirigentes en repetidas ocasiones<sup>25</sup>. Por ello, para este Auto, “en Argentina se trató de destruir (...) a quienes, según el criterio de los genocidas, no profesaban una ideología religiosa cristiana, sino no teísta o atea”<sup>26</sup>. Una prueba de ello es, en este sentido, el secuestro de casi 500 niños nacidos en cautiverio, que fueron segregados de sus familias con el objetivo de que fueran educados en la ideología cristiana<sup>27</sup>.

Por lo que respecta a la posibilidad de considerar a las víctimas de la represión como miembros de un grupo nacional, se pueden diferenciar ciertos matices en la jurisprudencia española.

Inicialmente, en los primeros Autos de la Audiencia Nacional, parecía defenderse que las víctimas no pertenecían a grupos políticos ni sociales, sino que constituían propiamente grupos nacionales, por cuanto se identificaban con “los enemigos del alma argentina”, miembros de ciertos sectores de la población que habían sido seleccionados para su destrucción no por su adscripción política o ideológica, sino por su pertenencia a ciertos colectivos, sectores o grupos<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Aunque también defiende con multitud de argumentos la calificación de grupo nacional de forma cumulativa a la consideración religiosa, el AAN de 25 de marzo de 1998, razonamientos jurídicos quinto y séptimo.

<sup>24</sup> AAN de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico séptimo.

<sup>25</sup> Es revelador en este sentido uno de los textos oficiales de la Escuela Superior de Guerra Argentina titulado “Lo nacional. El Nacionalismo” corregido por el propio General Videla: “El populismo, el clasismo y el socialismo son tres ejemplos de ideologías cuya infiltración en el nacionalismo argentino distorsiona, lo confunde, lo extravía. Argentina no debe esperar nada del mundo exterior, que solo busca la entrega al marxismo de los países que confiesan a Cristo... En nuestros días se ha consumado lo peor que podía ocurrir y de más funestas consecuencias: la infiltración de las ideologías marxistas en el sentido nacional y más aun en el nacionalismo argentino y en la Iglesia Católica Apostólica y Romana” [Informe CONADEP, págs. 347 y ss; citado en el Auto de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico séptimo].

<sup>26</sup> Véase, AAN de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico octavo.

<sup>27</sup> Véase, AAN de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico octavo.

<sup>28</sup> Véase, AAN de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico quinto. Como prueba de esta afirmación, se utilizan los datos acerca de la profesión de las víctimas de la represión, según los cuales el 30,2% de las víctimas fueron obreros, el 21% estudiantes, el 17,9% empleados, el 5,7% docentes, el 5% autónomos y otros, el 10,7% profesionales, el 3,8% amas de casa, el 1,6% periodistas, el 1,3% actores y artistas, el 0,3%

En este sentido, la Audiencia destacaba la detención y desaparición de casi 250 chicos y chicas de entre 13 y 18 años cuya condición de miembros de grupo político era más que dudosa<sup>29</sup>. Efectivamente, periodistas, abogados, amas de casa o profesores fueron víctimas de la represión independientemente de su ideología, lo cual avalaría la tesis de que en realidad se trataba de un grupo nacional, entendido como todo aquel sector de la población que no encajaba con la concepción de nación manejada por el régimen<sup>30</sup>.

Sin embargo, posteriormente, los motivos para sostener que se trató de un grupo nacional variaron para pasar a fundamentarse en la denominada “concepción social del genocidio”<sup>31</sup>. Entendiendo que era necesaria la adaptación del texto del delito a la sociedad del momento<sup>32</sup>, la Audiencia propuso concebir el grupo nacional como “grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor” y no como “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”<sup>33</sup>. Esta concepción permitiría incluir a los grupos sociales o políticos evitando así una discriminación que para la Audiencia resultaría de otro modo injustificable<sup>34</sup>.

Dicha postura fue en cierto modo respaldada por la sentencia del caso Scilingo en primera instancia. Apelando de nuevo a la concepción social del delito, la Audiencia Nacional mantuvo una interpretación extensiva del genocidio fundamentada en la autonomía interpretativa y la evolución del propio significado del tipo penal, así como en la necesidad de alcanzar un concepto “natural” del delito, que permitiera incluir los delitos de lesa humanidad<sup>35</sup>.

Por lo tanto, la diferencia entre ambas concepciones parece residir en que, mientras la primera defiende la verdadera naturaleza nacional del grupo víctima de los ataques, la segunda parece, más bien, proponer una nueva definición de “grupo nacional” suficientemente amplia como para que abarque a grupos sociales y políticos<sup>36</sup>.

---

religiosos y el 2,5% personal subalterno de las Fuerzas de Seguridad (basado en el Informe CONADEP).

<sup>29</sup> Véase, AAN de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico quinto.

<sup>30</sup> De esta opinión, CASTRESANA FERNANDEZ, C., “De Nüremberg a Madrid”, op. cit., pág. 10.

<sup>31</sup> Véase, AAN de 4 de noviembre de 1998, f. de D., quinto.

<sup>32</sup> En este sentido, también la SAN 16/2005, f. de D. primero, D, 4.3).1.

<sup>33</sup> Véase, AAN de 4 de noviembre de 1998, f. de D. quinto.

<sup>34</sup> Véase, AAN de 4 de noviembre de 1998, f. de D. quinto.

<sup>35</sup> Véase, SAN 16/2005, f. de D. primero, B, 4. 3)1. Podría interpretarse, como hace SCHABAS entre otros, que lo que la Audiencia Nacional propugnaba era una concepción social del genocidio que incluyera a cualquier grupo, independientemente de su naturaleza [SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, op. cit., págs. 148 a 150]. Es cierto que en la sentencia de primera instancia no existen referencias al tipo de grupo en concreto en el que se incluiría a las víctimas de la represión argentina. Sin embargo, la referencia constante a la interpretación de los Autos del Juzgado de Instrucción y del Pleno de la Sala hacen pensar que es esa opción la que se declara válida y no una que defienda la existencia de genocidio independientemente de la condición nacional, étnica, racial o religiosa del grupo.

<sup>36</sup> Cuando el Auto discute la exclusión de los grupos políticos y sociales del término genocidio afirma que “el silencio no equivale a la exclusión indefectible”, articulando a continuación una definición de los grupos nacionales que permita abarcar a estos colectivos [Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998,

## 1.2. Análisis crítico de la calificación de los hechos como delito de genocidio

### 1.2.1. Problemas de carácter procesal

En materia de competencia, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) menciona expresamente el delito de genocidio, sobre el que establece un principio de jurisdicción universal. Sin embargo, esta Ley fue aprobada en 1985<sup>37</sup>, es decir, un tiempo después de la comisión de la mayoría de los actos delictivos. Cabe argumentar que conforme al principio *tempus regit actum*, aceptado por el Tribunal Constitucional de forma expresa, las leyes procesales se aplican desde el momento de su vigencia con independencia del de la comisión de los hechos<sup>38</sup>. No obstante, este principio ha sido severamente cuestionado en el caso de normas procesales que disminuyen garantías o restringen Derechos individuales<sup>39</sup>.

En todo caso, la Ley en vigor hasta 1985, que data de 1870, preveía en su artículo 336 un principio de jurisdicción universal para una serie de delitos, entre los que figuraban los que atentan a la seguridad exterior del Estado<sup>40</sup>. El delito de genocidio fue introducido en el Código Penal precisamente en este capítulo<sup>41</sup>. Es decir, aun rechazando la posibilidad de aplicar retroactivamente la LOPJ, todavía podía sostenerse la vigencia del principio de jurisdicción universal para los hechos presuntamente constitutivos de genocidio.

### 1.2.2. Problemas de carácter sustantivo

En primer lugar, respecto a las dificultades de carácter material, cabe señalar que el tipo de genocidio tal y como se contemplaba hasta 1983 —que incluía los grupos sociales como posibles víctimas del delito— no podía aplicarse por cuanto vulneraba el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Desde luego, aun teniendo en cuenta los problemas interpretativos para delimitar el concepto de grupo nacional, la

---

f. de D., quinto].

<sup>37</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

<sup>38</sup> Así lo asume también AAN de 25 de marzo de 1998, razonamiento jurídico décimo.

<sup>39</sup> CARBONELL, J.C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 3ª ed., 1999. En este sentido, el magistrado Varela Castro entiende que el principio *tempus regit actum* opera sobre normas procedimentales no siendo equiparable la LOPJ [Voto Particular a la STS 798/2007 del magistrado Varela Castro, 4].

<sup>40</sup> Ley 1870/07367 de 17 de septiembre, Ley Provisional sobre Órganos del Poder Judicial, art. 336: “Serán juzgados por los Jueces y Tribunales del Reino según el orden prescrito en el art. 326, los españoles o extranjeros que fuera del territorio de la Nación hubiesen cometido alguno de los siguientes delitos: (...) contra la seguridad exterior del Estado”.

<sup>41</sup> Así fue hasta la aprobación del Código Penal de 1995, en el que el delito pasó a integrarse entre los delitos contra la Comunidad Internacional.



inexistencia en la enumeración de los grupos sociales convierte al precepto actual en el más favorable para el reo.

En segundo lugar, la consideración de las víctimas de la represión como grupo religioso también planteaba ciertos problemas específicos. El primero, la inclusión de los ateos como grupo religioso a proteger. En este sentido, se ha llevado el debate, en mi opinión, de una forma errónea, al cuestionamiento del criterio negativo, el cual implica reconocer la existencia de un grupo que se caracteriza por carecer de una condición de naturaleza étnica, racial, religiosa o nacional<sup>42</sup>.

Este criterio surgió del análisis del conflicto de los Balcanes al plantear que las víctimas de los ataques formaban un único grupo omnicomprendido caracterizado por la no pertenencia al grupo serbio, lo cual incluía a musulmanes, bosnios o croatas<sup>43</sup>. Entiendo que no es éste el caso de los ateos, que se identifican por una creencia de carácter religioso: la de que Dios no existe. Por ello, no encuentro obstáculo alguno para afirmar que los ateos constituyen un grupo religioso concebido como aquel cuyos miembros comparten la misma creencia<sup>44</sup>.

Sí supone la aplicación del criterio negativo la idea de que el grupo en este caso lo compongan todos aquellos que disienten de la doctrina religiosa oficial. Es decir, ateos, agnósticos, pero también protestantes, judíos o incluso ciertos movimientos católicos de base. Dicho criterio ha tenido una limitada aceptación en los tribunales internacionales y por el momento, no ha llegado a ser aplicado<sup>45</sup>.

Con todo, para el Tribunal Supremo el verdadero problema residía simplemente en que “aunque en el hecho probado se hacen algunas referencias a elementos de tipo religioso, aisladamente o junto con otros, como característicos de algunos integrantes del grupo de los autores, son insuficientes para considerar que el elemento distintivo de ese grupo era precisamente la religión”<sup>46</sup>. En consecuencia, a pesar de que es

---

<sup>42</sup> Informe Final de la Comisión de Expertos para la Investigación de Violaciones de Derecho Internacional Humanitario en la antigua Yugoslavia [Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992) to Investigate Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia, pág. 18].

<sup>43</sup> Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992) to Investigate Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia, pág. 18. Posteriormente, aunque con otra concepción distinta, fue expuesto y declarado válido en la sentencia en primera instancia del caso Jelisić [Jelisić Trial Judgement, párrafo 71].

<sup>44</sup> De esta opinión, GÓMEZ BENITEZ, J. M., “El exterminio de grupos políticos en Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad.”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 4, 2000, págs. 147 a 160. En contra, GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Madrid, 1999, pág. 186.

<sup>45</sup> A propósito, *Stakić* Trial Judgement (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), párrafo 512; *Brdanin* Trial Judgement (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), párrafos 685 y 686; *Stakić* Appeal Judgement (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), párrafo 27; también en la sentencia *Bosnia-Herzegovina contra Serbia* de la (Corte Internacional de Justicia), párrafos 191 a 195.

<sup>46</sup> STS 798/2007, f. de D. décimo, 11.

indudable que la religión jugó un papel más o menos relevante en el conflicto, resulta difícil sostener que todas las víctimas fueran seleccionadas conforme a este elemento identificador<sup>47</sup>.

En tercer lugar, en cuanto a la posibilidad planteada de considerar a las víctimas de los ataques como un grupo nacional, se suscitan múltiples inconvenientes, siendo el fundamental el de admitir el llamado “autogenocidio”, que supone admitir la existencia de un genocidio en el caso de que víctimas y verdugos pertenezcan a un mismo grupo<sup>48</sup>. Aunque la sentencia del Tribunal Supremo rechaza expresamente esta posibilidad<sup>49</sup> y a pesar de que no existe ningún precedente en la jurisprudencia internacional, lo cierto es que de la definición legal del genocidio no puede extraerse exigencia alguna en este sentido<sup>50</sup>.

Pero además, la calificación del grupo víctima de los ataques como grupo nacional no sólo supone la aceptación del autogenocidio; puesto que no todo el grupo nacional argentino fue atacado, también será necesario entender que sólo se trataba de destruir una parte de éste. En principio, esta opción se encuentra expresamente admitida en el tipo del genocidio, al requerir que el autor trate de destruir al grupo “total o parcialmente”.

Para el Tribunal Supremo caben dos interpretaciones de esta cláusula. Conforme a la primera, “las acciones no se dirigen directamente a la destrucción total del grupo, conformándose los autores con la destrucción parcial”<sup>51</sup>; de acuerdo con la segunda la destrucción sería parcial “porque los autores toman tan solo una parte del grupo, que se diferencia del resto por otros elementos distintos de la nacionalidad”<sup>52</sup>. Sólo la primera opción sería válida, puesto que la segunda equivaldría a aceptar la identificación del grupo cuya destrucción se pretende conforme a criterios distintos de los típicos<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> Así fue sostenido también en FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo”, op. cit., pág. 55.

<sup>48</sup> Este concepto se plantea en el denominado Informe Whitaker, en el que se aceptaba tal posibilidad para el caso de Camboya [Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, párrafo 31].

<sup>49</sup> STS 798/2007, f. de D. décimo.

<sup>50</sup> En este sentido, voto particular del magistrado Jiménez García. También en RATNER, S. R./ ABRAMS, J. S., *Accountability for human Rights atrocities in international law. Beyond Nuremberg legacy*, Oxford, 2<sup>nd</sup> ed., 2001; Pág. 33; HANNUM, H., “International Law and Cambodian Genocide: the sounds of silence”, *Human Rights Quarterly*, 11, 1989, pág. 105; HAWK, D., “The Cambodian Genocide”, en CHARNEY, I.W., *Genocide: A Critical Bibliographic Review*, New York, 1988, pág. 141. En contra, SCHABAS, W., *Genocide in International Law*, op. cit., págs. 118 y 119; GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, op. cit., pág. 183; CASTRESANA FERNANDEZ, C., “Persecución de crímenes internacionales en la Audiencia Nacional”, *Jueces para la democracia*, 31, 1998, págs. 3 a 10.

<sup>51</sup> STS 798/2007, f. de D. décimo, 4.

<sup>52</sup> STS 798/2007, f. de D. décimo, 4.

<sup>53</sup> STS 798/2007, f. de D. décimo 4.

Efectivamente, la jurisprudencia y la doctrina internacional ha venido señalando que esta cláusula no está destinada a dar entrada a nuevos criterios –como sería el caso de la parte del grupo nacional argentino que mantuviera una postura crítica contra el régimen- sino, más bien, a apreciar criterios puramente geográficos –así, los bosnios musulmanes de la región de Srebrenica como parte del grupo bosnio musulmán-<sup>54</sup>. El elemento identificador del grupo debe ser precisamente la nacionalidad, la étnia, la raza o la religión y no nuevos criterios introducidos de forma espuria<sup>55</sup>.

Interpretar que los opositores conformaban una parte del grupo nacional al que se trataba de destruir no es aceptable porque el elemento “parcialmente” no está destinado a dar cabida a nuevos criterios identificadores de otra naturaleza (política, social, económica) como se hace en este tipo de interpretación, que permitiría introducir cualquier tipo de grupo en la definición del genocidio. Por ejemplo, tratar de destruir a un grupo económico de un Estado sería genocida por ser una parte del grupo nacional. Esta concepción difícilmente puede sostenerse, ya que se aleja de forma inadmisibles de la definición legal tal y como se recoge en el Código Penal<sup>56</sup>.

Tampoco me parece que se pueda justificar este tipo de concepciones extensivas, alegando la adaptación del tipo a la sociedad en la que habrá de ser aplicado<sup>57</sup>. Por más que resulte evidente que la exclusión de los grupos políticos fue una decisión puramente interesada de los redactores de la Convención contra el Genocidio, entender que el delito ha evolucionado en este tiempo no tiene fundamento alguno<sup>58</sup>.

## **2. La posición mantenida por la Sentencia de la Audiencia Nacional: los delitos de lesa humanidad**

### **2.1. Fundamento**

Tras estudiar detenidamente la posible calificación de los hechos como genocidio y aun dando por válida la concepción social del delito, la Audiencia Nacional

<sup>54</sup> Así lo evidencia no sólo la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* [entre otras, *Semanza* Trial Judgement (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), párrafo 317; *Krstic* Appeal Judgement (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), párrafos 8 al 13; *Krajisnik* Trial Judgement, párrafo 853 (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), sino también la propia Corte Internacional de Justicia (Bosnia-Herzegovina contra Serbia de la Corte internacional de Justicia, párrafos 197 a 201). Con detalle a propósito, MAIZLISH, D.A., “In whole or in part: groups rights, the intent element of genocide, and the «quantitative criterion»”, *New York University Law Review* 77, págs. 1369 a 1403.

<sup>55</sup> En este sentido, STS 798/2007 f. de D. décimo, 4.

<sup>56</sup> En este sentido, GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Scilingo”, op. cit., pág. 8. También en contra, PINZAUTTI, G., “An instance of reasonable universality. The Scilingo case”, op. cit., pág. 1099.

<sup>57</sup> SAN 16/2005, primero, B, 4. 3)2.

<sup>58</sup> También de esta opinión, GIL GIL que declara que “el delito de genocidio no ha variado un ápice desde su tipificación en la Convención de 1948 hasta nuestros días” [GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Scilingo”, op. cit., pie de página 4]

consideró que, a la vista de la introducción de los delitos de lesa humanidad en el Código Penal español<sup>59</sup>, ésta se convertía en la calificación adecuada<sup>60</sup>. Corroborando la existencia de un ataque contra la población civil y su carácter sistemático, la Audiencia Nacional fundamentó su competencia en la implicación de un grupo de poder con capacidad de neutralizar al poder legítimo que haría muy difícil, si no imposible, la persecución interna de este tipo de delitos<sup>61</sup>.

### **1.3. Análisis crítico de la calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad**

La primera dificultad que planteaba esta interpretación es la relación establecida entre genocidio y delitos de lesa humanidad. Si la concepción social o amplia del

---

<sup>59</sup> Se introdujo en los siguientes términos: Art. 607 bis: 1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. 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. 2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: 1º Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona. Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139. 2º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual. 3º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149 y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147. 4º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros aspectos de coacción. 5º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos. 6º Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.

7º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención. 8º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima. 9º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1 y con la de seis a ocho en los casos previstos en el artículo 188.1. Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores e incapaces, se impondrán las penas superiores en grado. 10º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas. Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

<sup>60</sup> Véase, SAN 16/2005, f. de D. primero, B, 4. 3)1.

<sup>61</sup> Véase, SAN 16/2005, f. de D. primero, B, 5. 3).

genocidio se presentaba como una suerte de fórmula general que abarcaba a los delitos de lesa humanidad y la concepción originaria como un concepto “estricto y super restringido”<sup>62</sup>, el nuevo significado atribuido, motivado por la introducción de los delitos de lesa humanidad en el Código Penal, surgía como un término medio. Así, el genocidio se configuraba como delito “superespecífico de los crímenes contra la humanidad, algo así como si se tratara, valga el expresivo símil, como la última y más pequeña de las figuras en una muñeca rusa”<sup>63</sup>. Conforme a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, esta imagen no sería adecuada.

Por más que este tipo de relación solucionaría en buena medida las de por sí conflictivas relaciones entre genocidio y delitos de lesa humanidad, lo cierto es que no se ajusta ni al texto legal ni tampoco a la jurisprudencia existente en la materia. En general suele entenderse que ambos delitos forman círculos secantes; es decir, ya que los dos delitos presentan elementos diferentes, se puede concluir que no toda situación de genocidio constituiría delitos de lesa humanidad ni a la inversa<sup>64</sup>; sólo en ciertas ocasiones coincidirán. Así ocurrirá cuando, por ejemplo, en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra la población civil, se trata de destruir a un grupo étnico. En estos casos, la jurisprudencia internacional viene apreciando un concurso de delitos<sup>65</sup>.

Otro problema suscitado por la calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad era la dudosa competencia española sobre éstos. Por una parte, persistían las dificultades ya manifestadas para poder aplicar la LOPJ con carácter retroactivo, que ya no podían ser paliadas mediante el recurso a la Ley en vigor en el momento de la comisión de los hechos, dado que se trataba de un delito que ni siquiera estaba previsto en el Código Penal.

Además, por otra parte, aun asumiendo que la LOPJ actual fuera la aplicable al caso, no existía en el artículo 23.4 LOPJ referencia alguna a los delitos de lesa humanidad. El apartado i) parecía abrir una vía al declarar la competencia universal sobre “cualquier otro [delito] que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. Esta es la vía empleada para ciertos crímenes de guerra, de acuerdo a lo establecido por las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos adicionales. A propósito, la Audiencia Nacional entendió que “una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad (...) es su perseguibilidad internacional más allá del principio

<sup>62</sup> Véase, SAN 16/2005, f. de D. primero, B, 4. 3)1.

<sup>63</sup> Véase, SAN 16/2005, f. de D. primero, B, 4. 3)1.

<sup>64</sup> En este sentido, WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, op. cit., párrafo 636; CASSESE, A., *International Criminal law*, Oxford, Oxford university Press, 2003, pág. 106.

<sup>65</sup> *Musema Appeal Judgement*, párrafos 364 a 367; *Krstic Appeal Judgement*, párrafos 223 a 227; *Krstic Appeal Judgement*, párrafo 229.

de territorialidad<sup>66</sup>; no obstante, resulta conflictivo afirmar la existencia de un Tratado o Convenio internacional que llame a la aplicación del principio de justicia universal respecto a los delitos de lesa humanidad<sup>67</sup>.

Más tarde, el Tribunal Supremo también declaró la competencia sobre estos delitos, aunque lo hizo por otra vía, basándose en el hecho de que ésta existe respecto al delito de genocidio y sobre los crímenes de guerra; en este sentido, los delitos de lesa humanidad deberían entenderse incluidos analógicamente, a la vista de que son esencialmente idénticos en naturaleza y gravedad<sup>68</sup>. Aunque existe en materia penal una prohibición de la analogía, de nuevo se plantea que ésta no afectaría a las normas procesales u orgánicas, por lo que la interpretación para el Tribunal Supremo sería válida<sup>69</sup>.

Dado que los delitos de lesa humanidad fueron introducidos en el Código Penal en 2003, surgía irremediamente la posible violación del principio de legalidad por la aplicación retroactiva del delito a hechos anteriores. Para la Audiencia Nacional la violación del principio de legalidad podía resolverse acudiendo al Derecho Internacional convencional o consuetudinario, justificando así la competencia sobre un delito que, según la Audiencia, no sólo estaba reconocido en el momento de la comisión de los hechos sino que además constituía *ius cogens*<sup>70</sup>. De acuerdo con esto, no existía violación del principio de legalidad, puesto que el derecho interno se limitó a reconocer una norma preexistente<sup>71</sup>.

No obstante, dos dificultades se planteaban al respecto: la primera, que efectivamente se pudiera apreciar que los delitos de lesa humanidad constituían costumbre internacional en el momento de la comisión de los hechos; y la segunda, que la costumbre internacional se pueda considerar como una fuente válida en Derecho interno.

En cuanto a la presunta naturaleza de los delitos de lesa humanidad como Derecho Internacional consuetudinario, lo cierto es que no es un hecho unánimemente admitido, siendo bastante audaz la afirmación de que estos delitos constituyen *ius cogens*<sup>72</sup>. De hecho, más que del estatus de los delitos de lesa humanidad como un todo, parece más

---

<sup>66</sup> SAN 16/2005, f. de D. primero, B 5) 3.

<sup>67</sup> En términos generales se puede afirmar que es muy infrecuente el establecimiento del principio de justicia universal en los Tratados y Convenios internacionales. Ni siquiera la Convención contra el Genocidio, que regula el que es considerado el crimen más grave, contempla este tipo de competencia. Tampoco lo hace el Estatuto de Roma, que en su preámbulo se limita a recordar a los Estados que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. La referencia a “su” jurisdicción hace más que difícil entender que se trata de un principio de justicia universal, sino, más bien, a un ejercicio de la jurisdicción conforme a los principios básicos de atribución de competencias.

<sup>68</sup> Véase, STS 798 /2007, f. de D. séptimo, 4.

<sup>69</sup> Véase, STS 798/2007, f. de D. séptimo, 6.

<sup>70</sup> Véase, SAN 16/2005, f. de D. primero B).

<sup>71</sup> Véase, SAN 16/2005, f. de D. primero B).

<sup>72</sup> Por todos, TOMUSCHAT, C., “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, op. cit., págs. 1074 a 1081.

conveniente examinar cada una de las modalidades de forma separada y aun entonces persistirían las dudas para algunos casos.

Además, para el Tribunal Supremo no podía admitirse la validez de la costumbre internacional como fuente del ordenamiento interno dado que, a su juicio, el Derecho Penal Internacional no es directamente aplicable sin una previa transposición acorde con el Derecho interno; aunque puede entenderse que esta rama del Derecho apunta directrices válidas para la interpretación de los delitos, no puede crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles<sup>73</sup>. En consecuencia, entendió que aunque la calificación como delitos de lesa humanidad era la correcta, tal calificación violaba de forma inadmisiblemente el principio de legalidad conforme se encuentra previsto en el ordenamiento interno<sup>74</sup>.

### **3. La opción mantenida en la Sentencia del Tribunal Supremo: los delitos de detenciones ilegales y asesinatos en un contexto de delitos de lesa humanidad**

#### **3.1. Fundamento**

Ya que, en principio, la calificación adecuada para los hechos de delitos de lesa humanidad no podía ser aplicada por constituir una infracción del principio de legalidad, el Tribunal Supremo planteó una tercera posibilidad: la de entender que se trataba de detenciones ilegales y asesinatos. Ante la clara posibilidad de prever el carácter delictivo de los hechos en el momento de su comisión tanto en Argentina como en España, el Tribunal Supremo consideró que una condena por estos delitos no infringiría el principio de legalidad y sería, en consecuencia, conforme a Derecho<sup>75</sup>.

El interés en el castigo de estas conductas venía determinado por las circunstancias concurrentes en su comisión que, aunque no fueran típicas, podían ser valoradas en el enjuiciamiento. En este caso, a la comisión de las detenciones ilegales y los asesinatos acompañó un clima de violencia que se concretó en un ataque generalizado y sistemático de la población civil. Es decir, a los hechos acompañó un contexto de delitos de lesa humanidad que justificaría la competencia española<sup>76</sup>.

Curiosamente, esta también fue la línea seguida en la jurisprudencia argentina que, tras la declaración de nulidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia

<sup>73</sup> Rechazando la costumbre internacional como fuente, la única opción de poder aplicar esta calificación sería la de considerar que se trata de la norma más favorable que la aplicable en el momento de los hechos, lo cual no es posible ya que no existía un equivalente en aquel momento [STS 798/2007, f. de D. sexto].

<sup>74</sup> Véase, STS 798/2007, f. de D. sexto.

<sup>75</sup> Véase, STS 798/2007, f. de D. sexto, 6.

<sup>76</sup> Véase, STS 798/2007, f. de D. sexto, 10.

Debida<sup>77</sup>, ha comenzado a juzgar a algunos de los responsables de la guerra sucia. Miguel Etchecolatz, policía retirado de 77 años, fue condenado a cadena perpetua por concurso real de privaciones de libertad, tormentos y homicidio<sup>78</sup>; Christian von Wernich, sacerdote de 69 años, capellán de la policía bonaerense durante la dictadura, fue condenado por el Tribunal de la Plata a reclusión perpetua por ser considerado “partícipe necesario en la privación ilegal de la libertad agravada de 34 personas y de la aplicación de tormentos agravados de cinco personas; coautor en la aplicación de tormentos agravados de 26 personas, y coautor de las privaciones ilegales de la libertad agravadas y homicidios triplemente calificados de siete personas”<sup>79</sup>.

De forma similar a lo ocurrido en España, el Código Penal de Argentina no contemplaba (ni contempla aún) los delitos de lesa humanidad o el genocidio. Aun cuando el Ordenamiento argentino declara la plena operatividad de los Tratados y Convenios internacionales ratificados<sup>80</sup> e incluso les asigna un rango constitucional<sup>81</sup>, lo cierto es que para sus tribunales la posibilidad de aplicar el delito de genocidio choca frontalmente con el principio de legalidad<sup>82</sup>; por este motivo, la opción preferente hasta el momento ha sido también la de castigar aquellos delitos comunes correspondientes a las conductas subyacentes<sup>83</sup>.

Con todo, y de nuevo de forma similar a lo sostenido por el Tribunal Supremo, estas sentencias sostuvieron que “[t]odos los hechos referidos, [son] delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en la República Argentina entre los años 1976 y 1983”<sup>84</sup>.

### **3.2. Análisis crítico de los hechos como asesinatos y detenciones ilegales**

---

<sup>77</sup> Sentencia *Simón, Julio Héctor y otros sobre privación ilegítima de la libertad*. Sobre esta decisión, vease BAKKER, C.A.E., “A full stop to amnesty in Argentina”, *Journal of international criminal justice* 3, 2005, págs. 1106 a 1120.

<sup>78</sup> Sentencia *Etchecolatz*, pág. 294.

<sup>79</sup> Sentencia *Von Wernich*, pág. 362.

<sup>80</sup> Artículo 118 de la Constitución Nacional argentina, que incluye una expresa referencia al Derecho de gentes. A propósito de las consecuencias de tal reconocimiento, MALARINO, E., “Informes nacionales. Argentina”, en AMBOS, K., *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, págs. 39 a 63.

<sup>81</sup> Artículo 75.22 de la Constitución Nacional argentina, que asigna rango superior a ciertos tratados internacionales, entre los que se incluye la Convención contra el genocidio. Acerca de lo que tal jerarquía supone, véase, MALARINO, E., “Informes nacionales. Argentina”, op. cit., pág. 41 a 43.

<sup>82</sup> Entre otros, MALARINO, E., “Informes nacionales. Argentina”, op. cit., págs. 51 a 61.

<sup>83</sup> En el caso del ordenamiento argentino eran el homicidio y homicidio agravado, lesiones leves, graves y gravísimas, lesiones agravadas y aborto (artículos 79, 80, 85, 86, 89, 90, 91 y 92 del Código Penal argentino).

<sup>84</sup> Sentencia *Etchecolatz*, pág. 277; sentencia *Von Wernich*, pág. 372



Dejando de lado la incapacidad de los delitos comunes aplicados por el Tribunal Supremo para reflejar el injusto cometido, el primer problema que se plantea ante tal calificación es el establecimiento de la competencia para la jurisdicción española. Ni en el momento de la comisión de los hechos, ni tampoco en la actualidad, conforme al art. 23.4. de la LOPJ puede establecerse la existencia de competencia para este tipo de delitos comunes. Así lo constata el Tribunal Supremo que, sin embargo, entiende que “el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607bis del CP vigente”<sup>85</sup>.

Por lo tanto, se llegó a la aparente contradicción de que no se aplicaran como tales los delitos de lesa humanidad ni sus penas por entender que iría en contra del principio de legalidad, pero que fuera precisamente esta figura de Derecho Penal Internacional la que justificara no sólo la competencia<sup>86</sup>, sino también la imprescriptibilidad de delitos comunes como las detenciones ilegales y el asesinato<sup>87</sup>. En todo caso, sí propuso el Tribunal Supremo aplicar el Código Penal vigente, por entender que resultaba más beneficioso que las disposiciones aplicables en el momento de la comisión<sup>88</sup>.

#### **IV. CONCLUSIONES**

La conclusión más evidente que se puede extraer del estudio algo más detallado de las diferentes calificaciones de los tribunales españoles es que ninguna de ellas está exenta de problemas, ya sean de mayor o menor calado. Con todo, en mi opinión, la interpretación mantenida finalmente por el Tribunal Supremo es, en términos de competencia, la más difícil de sostener.

##### **1. Con respecto a la calificación de genocidio**

Calificar los hechos como un delito de genocidio, conlleva, en principio, una ampliación del concepto de los grupos nacionales, de forma que incluya a los grupos sociales o políticos. Esto no sólo va en contra de la voluntad de los redactores de la Convención contra el Genocidio –que, al fin y al cabo, no tiene por qué ser el criterio de

---

<sup>85</sup> STS 798/2007, f. de D. séptimo, 4.

<sup>86</sup> STS 798/2007, f. de D. séptimo, 4.

<sup>87</sup> STS 798/2007, f. de D. sexto, 9.

<sup>88</sup> STS 798/2007, f. de D. noveno.

interpretación preferente<sup>89</sup>- sino que también se opone a la doctrina nacional e internacional en la materia<sup>90</sup>. Como señala la propia sentencia del Tribunal Supremo<sup>91</sup>, aquellos Estados que optaron por incluir los ataques contra grupos políticos como formas de genocidio, lo hicieron expresamente en sus legislaciones internas<sup>92</sup>.

Distinto me parece analizar con detenimiento la represión argentina a fin de establecer si podría tratarse *genuinamente* de un grupo nacional como tal<sup>93</sup>. En este sentido, considero lógico no atender de forma única a los criterios del sujeto activo. La represión fue convenientemente presentada por la Junta Militar como una lucha contra la subversión y, por consiguiente, de carácter puramente político. Sin embargo, existen gran cantidad de indicios que apuntan a que este no fue el único criterio manejado para la selección de las víctimas.

Resulta frecuente la presentación de conflictos étnicos o nacionales como un intento de contener a la insurgencia, a fin de justificar actos que atentan gravemente contra derechos fundamentales. Así se hizo en Guatemala o en Ruanda. Indudablemente, en tales casos, a la hora de identificar al grupo para constatar la intención de destruirlo habrá que atender al criterio subjetivo del autor de los actos genocidas. Pero éste no debería ser el único parámetro para verificar la naturaleza del grupo; será necesario atender también a ciertos elementos objetivos que permitan constatar la existencia de un grupo y determinar su naturaleza.

Además, las nociones de grupo nacional, étnico, racial o religioso son elementos normativos cuyo contenido necesariamente habrá de ser precisado por los tribunales. Se trata de conceptos nada pacíficos, que no son de carácter científico sino puramente cultural<sup>94</sup>. Por ejemplo, la noción de raza se encuentra hoy seriamente cuestionada al entender que todos los seres humanos proceden de una misma raza<sup>95</sup>. Los judíos, víctimas por antonomasia del delito de genocidio, han sido en ocasiones calificados

---

<sup>89</sup> Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen en *Krstić Appeal Judgement*, párrafo 52; también STS 798/2007, f. de D. décimo, 5.

<sup>90</sup> Por todos, SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, op. cit., págs. 134 a 145.

<sup>91</sup> STS 798/2007, f. de D. décimo, 5.

<sup>92</sup> Por ejemplo, el artículo 211.1 del Código Penal francés establece que “[c]onstituye genocidio el hecho de, en ejecución de un plan concertado tendente a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, o de un grupo definido con base en cualquier otro criterio arbitrario, cometer o hacer cometer contra los miembros del grupo alguno de los actos siguientes (...)”.

<sup>93</sup> De esta opinión, CASTRESANA FERNANDEZ, C., “De Nuremberg a Madrid”, op. cit., pág. 10.

<sup>94</sup> *Krstić Trial Judgement*, párrafo 556.

<sup>95</sup> Según el artículo 1 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales de 27 de noviembre de 1978: “Todos los seres humanos pertenecen a una especie única y descienden de una rama común” (Declaration on Race and Race prejudices of 27 November 1978, art. 1.1; también, Four Statements on the Race Question, UNESCO, 1969, 1 Statement of race, pág. 30).

como grupos religiosos, en otras como grupos raciales e incluso como grupos nacionales<sup>96</sup>. Este tipo de factores, obligan a una reinterpretación de los conceptos.

La propia jurisprudencia internacional ha establecido que no existen definiciones consensuadas<sup>97</sup> y que todos los conceptos manejados responden en realidad a un mismo fenómeno<sup>98</sup>. Hasta el momento, han sido aceptadas las definiciones que proporciona la sentencia Akayesu; pero éstas, en realidad, ofrecen muy poca información. Por ejemplo, los grupos étnicos fueron definidos como “conjunto de personas que comparten una lengua o una cultura”<sup>99</sup>. Sin embargo, de acuerdo con esto, hutus y tutsis no podían considerarse grupos étnicos distintos, tal y como se hacía tradicionalmente en el país. El tribunal hubo de matizar su propia definición para adaptarla a las singulares condiciones del conflicto ruandés<sup>100</sup>. En la actualidad, la jurisprudencia y doctrina admite de forma prácticamente unánime su condición de grupos étnicos.<sup>101</sup>

Por estos motivos entiendo que interpretaciones como las efectuadas por la Audiencia Nacional no sólo son posibles, sino que son inevitables a la vista de la deficiente técnica legislativa del tipo penal y de la confusión en torno a sus límites. De hecho, esto ocurrirá previsiblemente cada vez que se plantee el delito de genocidio para un nuevo contexto que presenta sus propias particularidades.

## **2. Con respecto a la calificación como delitos de lesa humanidad**

Tampoco la calificación de delitos de lesa humanidad es menos conflictiva. Por una parte, deja de lado aspectos básicos de los hechos que quedan sin castigar; este es el caso de la intención de destruir al grupo, que se evidencia en múltiples ocasiones en los hechos declarados probados<sup>102</sup>.

Por otra, y de ahí viene el obstáculo mayor para aceptar esta calificación, provoca una evidente ruptura del principio de legalidad, al aplicar retroactivamente un delito que en el momento de la comisión de los hechos no se encontraba tipificado en el Código Penal español. En estricta aplicación del principio de legalidad, es decir, rechazando el Derecho internacional consuetudinario como fuente, la calificación como delitos de lesa humanidad resultaba inviable.

---

<sup>96</sup> SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, op. cit., pág. 130

<sup>97</sup> *Rutaganda* Trial Judgement, párrafo 56; *Kajelijeli* Trial Judgement, párrafo 811; *Bagilishema*, Trial Judgement, párrafo 65; *Musema* Trial Judgement, párrafo 161.

<sup>98</sup> *Krstić* Trial Judgement, párrafo 556.

<sup>99</sup> *Akayesu* Trial Judgement, párrafo 513.

<sup>100</sup> *Akayesu* trial Judgement, párrafos 170 a 177.

<sup>101</sup> De hecho, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha llegado a declarar hecho notorio la existencia de grupos étnicos en Ruanda (*Karemura et al.* Judicial Notice, Appeal Chamber).

<sup>102</sup> Véase, STS 798/2006, hechos probados.

Sin embargo, desde mi punto de vista, este tipo de concepciones restringidas del principio de legalidad no parecen tener sentido en el ámbito de los delitos internacionales sobre los que existe competencia universal y que son imprescriptibles. No porque la lucha contra la impunidad lo justifique todo, sino por la propia naturaleza de los delitos internacionales y de la jurisdicción universal.

No resulta lógico plantear si el sujeto que cometió actos constitutivos de genocidio en Ruanda en 1994 o de delitos de lesa humanidad en Argentina en los años 70 conocía o podía conocer la regulación española del momento; por el contrario, parece tener más sentido considerar si en el momento de la comisión existía una prohibición clara de este tipo de actos en el ámbito internacional, ya sea por vía convencional o consuetudinaria. Atendiendo al fundamento del principio de legalidad, mayor indefensión producirá al acusado el recurso a un ordenamiento nacional ajeno que la aplicación del Derecho Internacional.

Según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la costumbre internacional es una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como Derecho<sup>103</sup>. Aunque su recepción por parte de las instancias nacionales ha sido muy limitada, la costumbre internacional es una fuente primaria del Derecho Penal Internacional<sup>104</sup>. De hecho, ha servido con frecuencia para justificar la legalidad de los tribunales internacionales constituidos *ad hoc* para determinadas situaciones de conflicto<sup>105</sup>.

Ante el creciente protagonismo de las instancias nacionales en la persecución de los delitos internacionales, se ha planteado la imposibilidad de que los principios tengan el mismo contenido en el Derecho interno y en el Derecho Internacional, de forma que ambas esferas interaccionen<sup>106</sup>. El principio de legalidad, tal y como se define en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en el propio Estatuto del Tribunal Penal Internacional, no es exactamente igual al generalmente aceptado en los ordenamientos nacionales del sistema continental.

---

<sup>103</sup> Art. 38.b) “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. A propósito, DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 12 edición, 1999, pág. 117.

<sup>104</sup> CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford university Press, 2003, págs. 28 a 30; BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Oxford, 6th edition, 2003, pág. 2.

<sup>105</sup> Al respecto, véanse las sentencias de primera y segunda instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso Tadic.

<sup>106</sup> Sobre este proceso de hibridación, DELMAS-MARTY, M., “The contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003, págs. 13 a 25.

La misma adaptación será también necesaria en el caso de delitos sobre los que se ejerce el principio de justicia universal, reinterpretando el principio de legalidad como una suerte de *nullum crimen sine jure*<sup>107</sup>. Sin llegar a ser un Derecho Penal del enemigo<sup>108</sup> y sin sacrificar principios y garantías esenciales del Estado de Derecho<sup>109</sup>, lo que se propone es ofrecer una interpretación más acorde a la naturaleza de los delitos internacionales, que posibilite una aplicación uniforme que no dependa del foro en el que se plantee<sup>110</sup>.

Ahora bien, otro asunto distinto es si, efectivamente, puede corroborarse la existencia de los delitos de lesa humanidad en la costumbre internacional en el momento de la comisión de los hechos, lo cual resulta controvertido, sobre todo al valorar este aspecto respecto a los delitos de lesa humanidad en bloque. Además, tampoco está clara la competencia universal de las instancias españolas de acuerdo con el artículo 23.4 LOPJ tal y como se encuentra redactado hoy en día.

### **3. Con respecto a la calificación de asesinatos y detenciones ilegales**

La calificación destinada a superar los problemas expuestos, la de asesinatos y detenciones ilegales, no hace sino complicar todavía más la cuestión: con el fin de salvar esa concepción estricta del principio de legalidad que excluye al Derecho Penal Internacional como fuente del Derecho, se sacrifica la competencia que, de este modo, simplemente no concurre.

Resulta difícilmente justificable declarar la competencia por el principio de jurisdicción universal sobre delitos que no se encuentran ni directa ni indirectamente recogidos en la LOPJ. Habiendo descartado la posibilidad de emplear los delitos de lesa humanidad como calificación propiamente dicha, es contradictorio su uso para justificar la gravedad de los crímenes y, en consecuencia, su competencia.

### **4. Con respecto al principio de jurisdicción universal**

Como resulta evidente y de hecho lo han manifestado los tribunales, el objetivo de tantas y tan conflictivas interpretaciones es tratar por todos los medios posibles

---

<sup>107</sup> PINZAUTTI, G., "An instance of reasonable universality. The Scilingo Case", op. cit., pág. 1105. En contra, GIL GIL, A., "La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Scilingo", op. cit., pág. 16: "En nuestro sistema jurídico los tribunales deben sujetarse estrictamente a la ley interna".

<sup>108</sup> A propósito de estos riesgos, véase MUÑOZ CONDE, F., "¿Es el Derecho Penal Internacional un «Derecho Penal del enemigo»?", Revista Penal, 21, Enero 2008, págs. 93 a 102.

<sup>109</sup> Riesgo que constata, GIL GIL, A., "La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Scilingo", op. cit., pág. 16.

<sup>110</sup> A favor de esta uniformidad, ESER, A., "Una justicia Penal «a la medida del ser humano» en la época de la Europeización y la Globalización", Modernas Tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid, 2001, pág. 34.

(y, a veces, imposibles) de castigar hechos muy graves que afectan a derechos humanos básicos<sup>111</sup>. Desde luego, el que este tipo de interpretaciones se lleven a cabo con el objetivo de evitar la impunidad es un hecho que no debe sorprender, ya que, al fin y al cabo, es este el objetivo último (y legítimo) de la cláusula de jurisdicción universal<sup>112</sup>.

Han sido muchas las críticas al principio de jurisdicción universal, tal y como se encuentra previsto en la LOPJ española<sup>113</sup>. Los problemas que su aplicación genera son en realidad los propios de un mundo en el que la impunidad ha sido la norma, al menos hasta el establecimiento de los tribunales *ad hoc*. La jurisdicción universal supone afirmar que ciertas violaciones de derechos fundamentales son tan graves que no importa donde fueran cometidas, la nacionalidad de quien las llevara a cabo o la de las víctimas. Son relevantes porque son actos graves contra seres humanos y en ese sentido, competen a todos y cada uno de los Estados.

Ante el tímido incremento de casos sustanciados ante jurisdicciones nacionales, España, con todo, es precursora en la aplicación de la justicia internacional, liderando la lucha contra la impunidad. Nuestros tribunales están encontrando las dificultades normales en la aplicación de un ámbito de normas recién instauradas, en el que, a pesar de los esfuerzos de tribunales nacionales e internacionales, quedan todavía gran cantidad de incógnitas<sup>114</sup>.

En consecuencia, no considero que el problema sea el principio de jurisdicción universal, ya que, aplicado con ciertas condiciones, permite impartir justicia, otorgando, en muchos casos, más garantías que algunos tribunales internacionales y sin duda con menos riesgos que los casos en que la competencia la asume el país en el que los hechos tuvieron lugar. El problema de este principio me parece que se encuentra, más bien, en que sólo sean unos pocos Estados los que lo reconozcan, convirtiendo iniciativas como la española en una auténtica lucha de David contra Goliat.

---

<sup>111</sup> Así lo señala GIL GIL, quien al hilo del análisis de la sentencia de primera instancia, ya vaticinaba nuevos errores en la aplicación de la Ley ante el Tribunal Supremo, [GIL GIL, A., "La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Scilingo", op. cit., págs. 7-16 págs. 15 y 16].

<sup>112</sup> Resolution of the Institut de Droit International "Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes", 2005 (elaborado por M. C. TOMUSCHAT).

<sup>113</sup> GIL GIL, A., *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, págs. 27 y 28. En contra, CASTRESANA FERNANDEZ, C., "De Nüremberg a Madrid", op. cit., pág. 11.

<sup>114</sup> Sólo como ejemplo, el principio de jurisdicción universal continua planteando multitud de interrogantes que no han conseguido ser resueltos a pesar de haber sido declarado legal por la Sentencia de la CIJ, sentencia *arrest warrant*, 2002, párrafo 44 y votos particulares.