

LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN EL CASO *SCILINGO*

Margalida Capellà i Roig*

Sumario : I. LA CALIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS Y LA APLICABILIDAD AL CASO DEL TIPO DE “CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD”. II. LA ASUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL COMO COROLARIOS DE LA INCRIMINACIÓN UNIVERSAL. III. CUESTIONES SOBRE LA APLICABILIDAD AL CASO DE LA CATEGORÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. IV. LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA SOBRE LOS CRÍMENES COMETIDOS POR SCILINGO EN ARGENTINA: APLICABILIDAD EN GENERAL DEL TIPO DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. V. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN EL CASO *SCILINGO*

En 1996, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional decidió la incoación de diligencias sobre los españoles o las personas de origen español asesinadas o desaparecidas en Argentina entre los años 1976 a 1983. Casi una década después, la sentencia de la Audiencia Nacional española en abril de 2005 condenando al argentino Adolfo Scilingo a 640 años de privación de libertad por crímenes contra la humanidad ha sido recibida en los medios de comunicación y en la opinión pública como el respaldo definitivo de la justicia española a la lucha emprendida entonces contra la impunidad en Argentina, sin grandes debates ni tensiones sobre la aplicación ni de la jurisdicción universal ni de los “crímenes contra la humanidad” a este caso.

La ausencia de tales tensiones -existentes, sin embargo, durante el caso Pinochet- nos permite contemplar ambas cuestiones como asumidas o, al menos, como menores ante la importancia de una condena tan esperada tras una década de pronunciamientos doctrinales y judiciales en torno a la competencia de los tribunales españoles para conocer crímenes de Derecho internacional cometidos fuera del territorio español¹.

A la relativa normalidad con que se ha recibido la sentencia, cabe añadir que tampoco la efectiva incorporación de los crímenes contra la humanidad en el Código

* Profesora ayudante doctora de Derecho internacional público. Universitat de les Illes Balears.

¹ En relación al caso Scilingo, el Tribunal Supremo resolvió mediante sentencia de 15 de noviembre de 2004 las cuestiones planteadas por el Ministerio Público sobre la falta de jurisdicción de los tribunales españoles, la prescripción del delito, amnistía e indulto y cosa juzgada, iniciándose el juicio poco después, el 14 de enero de 2005.

penal español en 2004², categorías aplicadas en este caso, mereció demasiada atención, por lo que podríamos concluir que ni lo uno ni lo otro se consideran extraños en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la sentencia de 19 de abril de 2005 dictada por la Audiencia Nacional española es una decisión histórica que rompe con la tradición monista española en la interpretación del principio de legalidad penal y que pretende adaptar el Derecho español al Derecho internacional penal vigente en materia de represión de crímenes de Derecho internacional, en especial, los crímenes contra la humanidad³.

A continuación, se exponen los principales ejes sobre los que gira la sentencia y que han permitido la condena de un extranjero por conductas cometidas en el extranjero *con anterioridad a las leyes españolas* que otorgan competencia a los tribunales en estas circunstancias (Ley Orgánica del Poder Judicial) y tipifican los crímenes contra la humanidad como delitos (Ley Orgánica nº121/000145 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)⁴.

I. LA CALIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS Y LA APLICABILIDAD AL CASO DEL TIPO DE “CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD”

El Ministerio Fiscal consideró que los hechos que habían quedado probados antes de iniciar el juicio oral eran constitutivos, alternativamente, de delitos de genocidio/terrorismo y de crimen de lesa humanidad/terrorismo.

En la primera calificación, (en auto de 11 de julio de 2003, que contenía las calificaciones provisionales de las acusaciones particulares y populares personadas en la causa y del Ministerio Fiscal), *se tendría en cuenta el momento de la comisión de las conductas imputadas (entre 1976 y 1983)* y por ello se aplicaría el Código penal español de 1973 (“genocidio”) y el Código español de Justicia Militar de 1945 (“terrorismo organizado”) para considerar como genocidio o terrorismo los delitos con resultado de muertes, lesiones, sometimiento del grupo a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, adopción de medidas que tiendan a impedir el género de vida o reproducción de un grupo y detención ilegal.

En cambio, la base jurídica de la acusación alternativa y definitiva por crímenes de lesa humanidad/terrorismo, se encontraba en *la legislación actual (artículo 607 bis del Código penal, introducido, pues, una vez iniciado el proceso contra Scilingo)* y en el Derecho vigente en el momento de la comisión, a saber: el artículo 15.2 del Pacto de

² Vide M. CAPELLÀ, "El proyecto de reforma del Código Penal propone la incorporación por primera vez de los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico español", REDI, vol. LV nº 1, 2002, pp. 540-544. Véase sobre los crímenes contra la humanidad, *in extenso*: los estudios más clásicos de J. GRAVEN, "Les crimes contre l'humanité", RCADI, tomo I, núm.76, 1950, pp. 433-605 y M. Ch. BASSIOUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1992; más actual, M. CAPELLÀ, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Ed. Tirant lo Blanch, 2005.

³ Sentencia nº 16/2005, Sumario 19/1997, rollo de Sala 139/1997, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Sección 3ª, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

⁴ BOE nº 283, de 26 de noviembre de 2003, pp. 41866-41867. Ley 15/2003 de 25 de noviembre que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

internacional de derechos civiles y políticos de 1966, “conforme a lo previsto en los artículos 10 y 96 de la Constitución española”.

La Sala ha calificado finalmente los hechos como constitutivos de *un delito de lesa humanidad con el resultado de 30 muertes con alevosía, un delito de detención ilegal y un delito de torturas*⁵ aplicando el artículo 607 bis del Código penal español de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y los Elementos de los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Así, por ejemplo, exige el elemento subjetivo de “conocimiento del ataque”, no incluido en el art. 607 CP pero sí en el art. 7 del ECPI, concluyendo, por las pruebas aportadas, que Scilingo conocía las actividades ilícitas desarrolladas en la ESMA y que se incardinaban en el plan ideado y ejecutado por las fuerzas armadas para establecer un determinado sistema político e ideológico, previa eliminación de aquella parte de la población que por motivos políticos, ideológicos o religiosos pudiese representar un obstáculo, incluso llegando a solicitar voluntariamente formar parte del GT 3.3.2. de la ESMA.

1. Sobre la calificación inicial de genocidio

La Sala rechazó la calificación propuesta de genocidio al considerar que *la incorporación de los crímenes contra la humanidad en 2004 vino a subsanar el defecto formal de inadecuación del Derecho español al Derecho internacional en materia de represión de los crímenes contra la humanidad*. Hasta entonces, la única tipificación existente de delito contra la humanidad sería, según el Tribunal, la del genocidio (arts. 137 bis 1º del Código penal español de 1973 y 607 del CP de 1995) y faltaba una regulación concreta de “otras figuras de crímenes contra la humanidad existentes en Derecho internacional consuetudinario, a partir de cierto momento también en el convencional”.

Este vacío sólo podía ser paliado entonces con una interpretación amplia del delito de genocidio, más allá el “concepto técnico superrestringido” y “artificial”⁶ contenido en el Convenio sobre genocidio de 1948: de ahí las sucesivas interpretaciones anteriores de la Sala del tipo de genocidio en un sentido más amplio que el convencional, incluyendo a los grupos sociales y políticos dentro del grupo nacional (el “autogenocidio”) e incluso considerando el ateísmo como un grupo religioso⁷.

En este sentido, la argumentación de la Sala *en el caso Scilingo* se basa en la afirmación de la propia autonomía interpretativa (del Tribunal) ante la superación del “concepto primitivo, clásico, estricto y súper restringido de genocidio... que ya hace tiempo que no existe”, y que cualquier tensión “entre el llamado concepto social o amplio y el técnico-jurídico estricto de genocidio en la situación anterior al vigente Código penal sólo tenía razón de ser en el ámbito puramente doctrinal y especulativo”.

⁵ Por la presencia probada del acusado durante las sesiones de tortura en la ESMA sin hacer nada por impedirlos o evitarlos.

⁶ Concepto “artificial” en contraposición a “natural”, en opinión de la Sala, pues se trata del resultado de las discusiones mantenidas en el ámbito de la sociedad internacional y al triunfo de las tesis de la ex URSS excluyendo la protección de grupos políticos por la dificultad de diferenciarlos en base a elementos objetivos.

⁷ Vide Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.

En esta línea, sin duda innovadora en la práctica española, la Sala considera que *esta interpretación amplia sólo es posible a falta del tipo general de los crímenes contra la humanidad*: en estas circunstancias, el tipo convencional de genocidio debe aplicarse teniendo en cuenta la evolución “producida en el seno de la sociedad internacional, donde la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no se reducía exclusivamente a la tradicional figura más grave y específica, casi residual, del genocidio”. En definitiva, se afirma la vigencia de un tipo general de genocidio resultante del propio desarrollo y consolidación de los crímenes contra la humanidad y que supera el tipo convencional y específico contenido en el Convenio sobre genocidio de 1948.

Sin embargo, afirma el Tribunal, *en el momento actual “resulta jurídicamente más correcto, además de aplicable” el artículo 607 bis*, reservando una interpretación “superrestricta y restringida del delito de genocidio”, por tanto, atendiendo al tipo original convencional: la incorporación de los crímenes contra la humanidad en el Código penal español, “de carácter más amplio, obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado”.

Esta *reinterpretación del delito de genocidio dentro de la categoría general de crímenes contra la humanidad* responde a la propia inserción de dichos crímenes en un artículo complementario (art. 607 bis CP) al correspondiente al genocidio (art. 607 CP), de la misma manera como se han tipificado internamente crímenes contra la humanidad y genocidio en algunos países, como Eslovenia, Etiopía, Francia y Polonia⁸, en especial antes de la recepción del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, tradicionalmente la doctrina les ha dado un trato diferenciado y a menudo autónomo y los Estatutos de los Tribunales penales internacionales y especiales también los incluye por separado en su jurisdicción.

2. De la calificación inicial de terrorismo a la calificación de “crimen de lesa humanidad de terrorismo”

También la Sala rechaza que las conductas imputadas a Scilingo consistan “exclusivamente” en un delito de terrorismo una vez ya son aplicables los crímenes contra la humanidad: “los hechos van más allá y contienen otros elementos que sólo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad”. El delito de terrorismo se encontraría así subsumido en el delito de lesa humanidad, es decir, dentro de la categoría general de crímenes contra la humanidad, a pesar de tener unos elementos típicos penales propios, a saber, el elemento estructural y el elemento teológico.

Esta interpretación de la Sala resulta también novedosa, especialmente cuando el terrorismo no se incluye en la enumeración de conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad y su regulación internacional en el momento actual se dirige más a l'autoría de individuos o grupos que al terrorismo perpetrado desde el aparato estatal, es decir, al conocido pero siempre evitado concepto de “terrorismo de estado”.

En esta línea, la decisión del Tribunal parece apuntar a la consideración del *terrorismo perpetrado desde el poder estatal contra la población civil en general o contra parte de ésta como una subcategoría de crímenes contra la humanidad*, una consideración que adquiere sentido a través de las continuas referencias de la Sala a las

⁸ M. CAPELLÀ, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, cit., pp. 316-321.

características del sujeto activo del delito, “un grupo que actúa desde el poder o que neutraliza al poder legítimo”. Ello impediría (y dificulta, en la práctica), garantizar su persecución precisamente por los obstáculos o la imposibilidad de su persecución *interna*, de ahí “la razón de la utilidad de la existencia de los crímenes contra la humanidad”, señala la Sala.

A falta de una tipificación internacional completa del terrorismo, esta nueva interpretación podría facilitar su persecución *internacional*, pues al *crimen contra la humanidad de terrorismo* le serían aplicables también los principios de Derecho internacional penal (responsabilidad individual, irrelevancia del cargo oficial, autonomía de la tipificación internacional, imprescriptibilidad...) y hubiera resuelto engorrosos procesos de extradición anteriores, como el caso Pinochet, en los que la imputación general de crímenes contra la humanidad debió “traducirse” a efectos internos a los delitos convencionales incorporados internamente (genocidio, tortura y terrorismo).

Cabe recordar que en aquel asunto de extradición entre España y el Reino Unido, en 1998, se omitieron los crímenes contra la humanidad, que hubieran descrito con más fidelidad los actos imputados a Pinochet, pero en ninguno de estos países se había incorporado ya estos crímenes y hasta entonces sólo los Tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y unos pocos tribunales estatales (Canadá, Israel, Francia) habían aplicado esta categoría, en relación con crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial.

Siete años más tarde, parece que se han superado los condicionantes formales que entonces ataron a las administraciones en el caso Pinochet, al menos para la Audiencia Nacional española tras la recepción interna de los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, es difícil afirmar que exista un consenso sobre esta categorización dado que el terrorismo cayó de la lista del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ya en 1991, se ha dejado para futuras revisiones su inclusión expresa en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y los convenios y proyectos de convenios adoptados en el seno de la ONU y del Consejo de Europa no los categorizan como tales ni se establece un régimen similar al de los crímenes de Derecho internacional.

3. Elementos y naturaleza de los crímenes contra la humanidad

Siendo consciente de que la aplicación del tipo penal de crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo constituye su primera puesta en práctica en el ordenamiento español, la Sala no ha querido eludir los obstáculos formales y materiales derivados del carácter consuetudinario de los crímenes contra la humanidad, aparentemente en contradicción con el principio de legalidad garantizado con la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Cabe señalar, a modo de resumen de esta cuestión, que los crímenes contra la humanidad han sido incluidos en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales y tanto los redactores de estos Estatutos como los Tribunales que los han aplicado, así como la doctrina, han afirmado que *los crímenes contra la humanidad son una categoría de crímenes de Derecho internacional de naturaleza consuetudinaria*. El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que tipifica estos crímenes a

efectos de su jurisdicción, es considerado actualmente como declarativo y en parte cristizador del tipo penal internacional.

España ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁹ (CPI) en 2002 e introdujo los crímenes contra la humanidad en la reforma del Código penal aprobada en noviembre de 2003 introduciendo un Capítulo II bis al Título XXIV del Libro II del Código, bajo la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad”, que contiene el artículo 607 bis ya mencionado.

Podría argumentarse que el legislador español introdujo dicho precepto legal sólo para evitar que la Corte Penal Internacional pudiera conocer crímenes contra la humanidad cometidos en España o por españoles en caso de ineficacia o ineficiencia de los tribunales españoles, aplicando el principio de complementariedad. La Sala de la Audiencia Nacional niega este argumento, considerando que no tiene ningún fundamento y carece del menor sentido, refiriéndose a la aplicabilidad en el tiempo del artículo 607 bis CP. No obstante, en nuestra opinión cabe señalar que el Preámbulo de la Ley Orgánica nº121/000145 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que introduce el artículo que nos ocupa, invoca precisamente la necesidad de “coordinar a legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”.

Al tratarse de la primera aplicación del art. 607 bis CP en la práctica judicial española, en un caso sobre crímenes contra la humanidad cometidos antes de la incorporación de este artículo al Código, la Sala ha tenido que afrontar cuestiones referidas al principio de legalidad penal, en especial: tipicidad, certeza e irretroactividad de la norma aplicable. El fundamento jurídico principal en el *caso Scilingo* se basa en que *la Sala está aplicando una norma internacional, además de interna*, por lo que habrá que tener en cuenta tanto *la naturaleza de la norma internacional que prohíbe y criminaliza determinadas conductas como crímenes contra la humanidad (de ius cogens y con carácter erga omnes)* como el *carácter general de estos crímenes*, que permite que tengan su propia dinámica formativa y evolutiva, así como su persecución universal.

En opinión de la Sala, aunque el art. 607 bis CP sea una norma penal de derecho interno, incorpora mandatos o prohibiciones *preexistentes* de derecho internacional público y tiene una naturaleza jurídica particular ya que *no es una norma totalmente autónoma*, pues

“... representa la positivación en el derecho interno de preexistentes normas internacionales de carácter penal, integrantes por sus características y objeto ... del ius cogens internacional y, por ello, con validez obligatoria erga omnes, tanto en cuanto a las conductas delictivas como a la aplicación de las consecuencias”.

Por esta naturaleza especial, su recepción en el derecho interno implica grandes dilemas, ya que su vocación de aplicabilidad universal no puede verse impedida por límites temporales ni territoriales: su validez *erga omnes y preexistente a la recepción*

⁹ BOE nº 126, de 27 mayo 2002, pp.18824-18860.

interna exige un “radical replanteamiento del tema”, en términos de la Sala, “hasta el punto de que son normas que necesariamente requieren un esfuerzo de reinterpretación de los efectos tradicionales de los principios penales clásicos, y sin llegar a afirmar que deban regirse por otros principios distintos, sí se deben adoptar soluciones diferentes, pero sin estar en contra de la esencia de tales principios clásicos”.

Estas soluciones diferentes afectan, en primer lugar, a su aplicación extraterritorial y retroactiva a efectos internos, pero no a efectos internacionales, pues se trata, repite la Sala, de “normas internas que representan o incorporan a otras normas de derecho internacional penal preexistentes”. La entrada en vigor a tener en cuenta, pues, es la internacional.

Una solución distinta que no permitiera su vigencia internacional anterior y prevalente a la interna no sería conforme con el carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o que recoge la interna y que, por ello, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. En palabras de la Sala,

“Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria “per se” o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos”.

En definitiva, la *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe los crímenes contra la humanidad no plantea ninguna duda, según el Tribunal. Deduce esta *opinio iuris* del propio origen de estos crímenes, remontándose al derecho humanitario y a la Cláusula Martens hasta su primera incriminación en el Derecho internacional positivo en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y su posterior confirmación en la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de la incipiente ONU, formulada por la Comisión de Derecho Internacional en 1950.

Asimismo, en opinión del Tribunal, el carácter consuetudinario de los Principios de Nuremberg (incluidos los crímenes contra la humanidad) es indiscutible tras la Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 sobre los principios de cooperación internacional para la detención, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y tras la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales especiales, que ha afirmado y aceptado la tesis del carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad.

A esta *opinio iuris* deducida del ámbito institucional y judicial internacional, la Sala añade como complementaria la práctica de tribunales estatales en casos en los que se imputaron crímenes contra la humanidad: en Israel (caso Eichmann, 1961), Bangladesh (1971), Holanda (asunto Menten, 1981), Francia (caso Barbie, 1983) y Canadá (caso Regina v. Finta, 1989).

Todos estos elementos confirman, según la Sala, que

“... no cabe ninguna duda de que este tipo criminal internacional, que genera responsabilidad penal individual, está vigente en Derecho internacional desde hace décadas, y en todo caso sería aplicable al conjunto de la represión en Argentina, de conformidad con el principio de derecho intertemporal *tempus regit actum*, visto desde la óptica del Derecho internacional”.

En definitiva, la Audiencia Nacional acaba afirmando *el principio general de aplicabilidad directa del Derecho internacional respecto a la responsabilidad individual penal por crímenes contra la humanidad (y los de más grave trascendencia para la comunidad internacional) y a sus consecuencias aplicables al presente caso.*

II. LA ASUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL COMO COROLARIOS DE LA INCRIMINACIÓN UNIVERSAL

Tras afirmar el carácter universal de los crímenes contra la humanidad, la Sala continúa construyendo la estructura jurídica de los crímenes contra la humanidad de acuerdo con el Derecho internacional: este paso es lógico, pues estos crímenes, como crímenes de Derecho internacional, son conductas prohibidas y descritas internacionalmente, por lo que su marco jurídico no se limita a la formulación de su antijuridicidad y tipicidad, sino que debe completarse con reglas especiales también internacionales que afectan a su punibilidad y represión efectiva.

En efecto, la calificación de unas conductas como crímenes contra la humanidad o como crímenes de Derecho internacional no es banal, pues supone la aplicabilidad de unos corolarios necesarios para asegurar que estos crímenes no quedarán impunes: así, entre otros, no se puede invocar el cargo oficial de sus autores ni tampoco el principio de obediencia debida como eximentes de responsabilidad, son imprescriptibles y pueden ser objeto de jurisdicción universal por parte de tribunales estatales distintos de los tribunales del lugar de comisión de estos crímenes.

Estos corolarios han sido formulados internacionalmente, siendo su primera formulación la realizada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en su sentencia y finalmente en la Resolución 95 (I) ya señalada. La Audiencia Nacional recurre al *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* (CDI, 1996) para afirmar la vigencia, en particular, de los principios de responsabilidad individual penal, autonomía del Derecho internacional en la tipificación penal de los crímenes contra la humanidad así como “la supremacía del Derecho penal internacional sobre el derecho nacional en el contexto de las obligaciones internacionales de los individuos”.

Estos principios excluyen como eximentes la invocación el principio de responsabilidad de los mandos, así como de los que actuaron bajo las órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico. Sobre la invocación del cumplimiento de órdenes superiores y al principio de obediencia debida, el Tribunal afirma que “existe consenso general de que no puede ser válidamente invocada como eximente de la responsabilidad penal en la comisión de crímenes contra la humanidad”, basándose en el Estatuto del TMI de Nuremberg (art. 8), en el Principio IV de los Principios de Nuremberg, en el

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (art. 5), y en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales (art. 7.4 ETPIY, 6.4 ETPIR, 33 ECPI).

La base del principio es el conocimiento de la ilicitud de la orden de cometer muertes alevosas, detenciones ilegales y torturas en tiempo de paz en cuanto que demostrado, según el Tribunal, en la conducta de Scilingo.

III. CUESTIONES SOBRE LA APLICABILIDAD AL CASO DE LA CATEGORÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

La relevancia del principio de legalidad como garantía básica en cualquier ordenamiento jurídico es indiscutible, y su formulación como “derecho a no ser condenado por conductas que no fueran delito en el momento de su comisión” permite confirmar su vigencia tanto en el ámbito internacional (art. 7 del Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales, art. 15 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos) como en el Derecho interno: así, el artículo 25 de la Constitución española.

Ahora bien, la misma formulación internacional del principio permite contemplar una *flexibilización del principio de legalidad*, pues en Derecho internacional se prevé la validez de la tipificación internacional como fuente de la incriminación. Así, los artículos mencionados establecen el derecho a no ser condenado “por actos o omisiones que en el momento de ser cometidos no fueran delictivos de acuerdo con el derecho nacional o internacional” y se entiende, *sensu contrario*, que una persona puede ser condenada por conductas que sean criminales según el Derecho internacional. En este sentido, el principio de legalidad tampoco se opone en Derecho español a la tipificación de conductas “según la legislación vigente en aquel momento” (art. 25 CE *in fine*).

Todo ello lleva afirmar al Tribunal que, en Derecho internacional, la formulación clásica del principio de legalidad penal *nullum crimen sine lege* se articula como *nullum crimen sine iure*, “lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio”, y que la tipicidad de los crímenes de Derecho internacional no esté determinada necesariamente en el orden internacional por su incorporación en textos escritos.

No obstante, cabe señalar que la Audiencia Nacional pasa por alto o no conoce la reserva argentina al citado artículo 15.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Es el único Estado que ha formulado una reserva a esta disposición, y lo hizo en un momento significativo: en agosto de 1986, es decir, en pleno período de transición en que se adoptó la Ley de Punto Final. Argentina entiende que la segunda parte del artículo 15 estará sujeta al principio de legalidad en sentido estricto, así como viene establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina

A pesar de esta circunstancia, el Tribunal propone, en este contexto, una *reinterpretación del principio de legalidad*, teniendo en cuenta el precedente de Nuremberg, donde se consideró que el principio de legalidad formal mediante ley escrita y estricta debía ceder cuando con su aplicación rigurosa y exacta representaría una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces. *La base del principio de legalidad*, argumenta el Tribunal, *es la justicia*, y

“sólo un tratamiento superficial del respeto del principio de legalidad penal y contra su propia razón de ser, considerado ante todo como un principio de justicia, permitiría el cuestionamiento de la aplicabilidad al caso del artículo 607 bis CP, que no vulnera ni el artículo 25 CE ni ninguna de las normas internacionales de protección de los derechos humanos”.

Además del principio de justicia, cabe tener en cuenta otros argumentos que permiten, siempre a juicio de la Sala, flexibilizar el principio de legalidad penal en la represión de los crímenes contra la humanidad: la propia antijuridicidad de estos crímenes, es decir, el reproche de ataques masivos contra los derechos más elementales de la población civil; y la vigencia internacional de estos delitos, previa a la tipificación interna: la ausencia de jurisdicción hasta el momento no pone en cuestión la vigencia de estos crímenes.

Sobre el carácter consuetudinario de los crímenes contra la humanidad y su posible *falta de taxatividad y previsibilidad*, el Tribunal considera que la cristalización en normas escritas, en especial en el Estatuto de la CPI, del ETPY y del ETPIR, viene a a “definir el “núcleo esencial” de la conducta prohibida u ordenada, al menos desde el punto de vista de la garantía criminal *strictu sensu*, aunque estimamos que, al menos en lo que se refiere al Estatuto del CPI, también desde la perspectiva de la garantía penal”.

En conclusión, el Tribunal considera que, *desde una perspectiva internacional*, el tipo general de crímenes contra la humanidad es aplicable al caso porque en el momento de los hechos “existían normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas a cabo durante la dictadura militar argentina por militares, fuerzas de seguridad del estado y civiles en la llamada lucha contra la subversión”.

A pesar de afirmar la vigencia de la incriminación, el Tribunal no obvia que la tipificación de dichas conductas basadas fundamentalmente en el artículo 6c del Estatuto del TMI de Nuremberg no fuera absolutamente precisa. Ello se salva con la posterior *cristalización* en tratados internacionales, que añade un plus de taxatividad y de certeza al tipo y permite afirmar el respeto del principio de legalidad, en el sentido de los artículos mencionados del Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales y del Pacto internacional de derechos civiles y políticos en relación con la referencia expresa al “Derecho internacional como fuente de Derecho penal, más allá del Derecho penal interno y conviviendo con él”.

Es fundamental, en este sentido, invocar el precedente de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2001 en el *caso Streletz, Kressler y Krenz contra Alemania* (caso de los disparos del muro de Berlín), en el que se hace referencia al conocimiento concreto del carácter penalmente sancionable de determinadas conductas y la previsibilidad de sanción penal en función de normas internas e internacionales.

En el caso concreto que nos ocupa, la Sala sigue el precedente anterior y llega a la conclusión de que tanto las normas internacionales como las internas (la propia Constitución argentina) obligaban al respeto de los derechos humanos y permitían considerar ilegales las normas u órdenes que vulneraran estos derechos:

“... no puede ser legítimamente alegado por el acusado ni por ninguna otra persona el desconocimiento de que conductas consistentes en

causación de muertes, lesiones, secuestros, detenciones ilegales, torturas, tormentos, violaciones, sustracción de menores, expolio de bienes, etc..., en el contexto de una actividad organizada y de actuación generalizado contra determinadas personas tachadas de sospechosos de ser subversivos, constituían un masivo y sistemático ataque a los derechos humanos mas elementales absolutamente ilegítimo e injustificable en cualquier circunstancia de tiempo de guerra, o de paz o en la franja intermedia de una dictadura militar instaurada después de la usurpación del poder al legítimamente constituido. Ninguna clase de norma u orden podía justificar dicha situación”.

Para afirmar este punto el Tribunal se basa en la propia jurisprudencia argentina, en concreto la Causa 13/84, que identifica las detenciones ilegales, las torturas y vejaciones a los cautivos, los homicidios y los robos, la extorsión y la falsificación de documentos públicos con los correspondientes delitos del Código penal argentino y sus penas.

Finalmente, y siempre en relación con el principio de legalidad, el Tribunal se plantea nuevamente el problema de la recepción de tipos penales consuetudinarios y a cómo han de relacionarse y convivir normas internacionales y normas internas de naturaleza penal. La solución que sugiere, y que aplica en este caso (contradiciéndose con algunas afirmaciones anteriores), es “compaginar en lo posible las exigencias derivadas del derecho internacional con las del derecho interno, *aplicando el derecho positivo vigente interno del Estado*, pero de manera que no queden fuera del ámbito de cobertura penal conductas que sí resultan penalmente incardinables en el ámbito del Derecho internacional”: por ello se justifica que no se apliquen los principios tradicionales que sí son aplicables a otras normas internas, en especial los principios de autonomía de la tipificación internacional y de flexibilización del principio de legalidad penal.

IV. LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA SOBRE LOS CRÍMENES COMETIDOS POR SCILINGO EN ARGENTINA: APLICABILIDAD EN GENERAL DEL TIPO DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

El ejercicio de la jurisdicción española se basa en tres argumentos más bien de fondo:

a) *La no prohibición del ejercicio de la jurisdicción universal* en atención a la internacionalidad del delito y el interés de la comunidad internacional en su persecución y castigo:

“si la comunidad internacional no pone los medios [estableciendo un tribunal penal internacional] y no deroga estos principios básicos de convivencia [el principio de territorialidad de la ley penal], puede decirse que no sólo está consintiendo de facto, sino de iure, esta actuación de jurisdicciones nacionales en actuación internacional, al menos en este específico aspecto referido a la misión de defensa y protección de los derechos humanos contra los ataques más bárbaros de que puede ser objeto”.

b) *La no persecución penal de los hechos en Argentina.* A pesar de la anulación de las leyes de punto final (1986) y de obediencia debida (1987) en Argentina, hasta el momento su derogación definitiva está pendiente de una última decisión del Tribunal Supremo argentino, por lo que la Sala considera que la impunidad de los responsables penales de los hechos es irreversible en aquel país, en especial tras la concesión de indultos en 1989.

La Sala entra en el espinoso tema de la validez de las medidas de amnistía e indultos desde la perspectiva de la justicia material y concluye que, a pesar de ser legales, “ello no implica que constituyan derecho justo”, siguiendo la conocida teoría de Radbruch sobre la invalidez del Derecho injusto.

Se asiste, en opinión de la Sala, a una situación de “secuestro de la justicia” que justifica la actuación del Derecho penal internacional para la persecución penal de gravísimos hechos cuando ésta no es posible en el ámbito interno.

c) *La existencia de víctimas españolas.* Aunque no conste que el encausado tuviera ninguna relación directa con ellas, el Tribunal considera que éstas se vieron afectadas directamente por sus actos “imbricados en el contexto de guerra sucia organizada contra la subversión”.

Parece que el Tribunal aplica en este punto el elemento desarrollado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Kunarac, Kovac y Vukovic* en relación al concepto de “ataque contra la población civil”: es irrelevante que los actos se hayan dirigido directamente contra toda la población civil o simplemente contra unas personas concretas, lo relevante es el ataque y no los actos concretos¹⁰.

d) Finalmente, *la sujeción del encausado a la jurisdicción española* determina también el ejercicio de esta jurisdicción.

V. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN EL CASO SCILINGO

A pesar de su redacción un tanto confusa con el uso de nociones propias de Derecho internacional, la sentencia en el *caso Scilingo* merece sin duda el calificativo de histórica y, en nuestra opinión, coherente con el Derecho internacional vigente, de un lado, y con el requisito de tipicidad del principio de legalidad penal, por otro.

La sentencia supone, efectivamente, un replanteamiento general de la recepción del Derecho internacional en el Derecho español a efectos penales. La Audiencia Nacional ha confirmado en este caso algo ya asumido en la práctica de los Tribunales penales internacionales: que la tipificación de los crímenes contra la humanidad y de otros crímenes de Derecho internacional se basa en normas consuetudinarias de alcance general; que esta tipificación es internacional, además de interna; y que la aplicación del tipo en un proceso penal (estatal o internacional) debe ser conforme al Derecho internacional, por estar contenido en una norma internacional.

La novedad del planteamiento de la Sala en este caso es que no recurre a construcciones iusnaturalistas para declarar la aplicabilidad del tipo general de crímenes

¹⁰ IT-96-23, IT-96-23/1 *Kunarac, Kovac et Vukovic (Foca). Judgement*, 22 febrero 2001, par. 103.

contra la humanidad, sino, sencillamente, al Derecho internacional contemporáneo vigente, que, en materia de crímenes contra la humanidad, resulta de la acumulación y la interacción entre las vías normativas consuetudinaria y convencional. Así lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia internacional, y así puede ser aplicado por los tribunales estatales. El carácter general de la norma y del tipo penal lo permite, ésta es su virtud, y no su defecto.

No obstante, el carácter internacional de la responsabilidad penal y de la norma que la contiene a menudo entra en conflicto con la falta de jurisdicción material de aquellos tribunales estatales que no tienen competencia sobre unas conductas que, pese a ser crímenes de Derecho internacional, no son delitos en derecho interno. O no eran delitos internos en el momento de ser cometidos, como en el *caso Scilingo*.

Hay que conseguir *conciliar el principio de autonomía de la tipificación internacional con el principio de legalidad penal*. Ambos principios contienen garantías irrenunciables en la lucha contra la impunidad. La base jurídica para ello goza de la certeza proporcionada por el artículo 15 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el art. 7 del Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales y, asimismo, el artículo 25 de la Constitución española. Las reticencias existentes al aplicar los crímenes contra la humanidad como crímenes de carácter general no tiene sentido actualmente, cuando se reconoce este principio convencional y consuetudinariamente, e incluso en las propias normas internas.

Finalmente, cabe destacar que la sentencia que nos ocupa sitúa a los crímenes de lesa humanidad en el nivel que, en nuestra opinión, le corresponde: como categoría general de crímenes de Derecho internacional en la que se incluyen subcategorías determinadas, entre ellas el genocidio. Los crímenes contra la humanidad no son, así, una categoría residual a aplicar cuando no sea posible ajustar el tipo convencional de genocidio o apartheid, sino que se debe entender esta relación al revés: el genocidio es el tipo *residual*, no los crímenes contra la humanidad.

En definitiva, una sentencia histórica y coherente que, en el estadio actual de la responsabilidad penal internacional ante los tribunales nacionales, permite comprobar, al fin, los avances jurídicos desarrollados en la última década en la lucha contra la impunidad, que sin una práctica estatal consecuente quedaban en papel mojado. No obstante, el abogado de Scilingo ya ha anunciado que recurrirá la sentencia.