

# 3. DOCUMENTOS

## CONTRA LA IMPUNIDAD\*

### Informe de la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas de España (FAP)\*\*

#### INTRODUCCIÓN

Al disertar acerca de conductas delictivas, y aún en los casos en que éstas son particularmente graves, los profesionales del derecho procuran muchas veces distanciarse de los hechos: tanto, que terminan por desnaturalizarlos, so pretexto de la más escrupulosa imparcialidad, en aras del más objetivo y aséptico de los análisis. Así, llegan a considerar impropias de la condición humana algunas conductas, y ello les lleva a proscribir solemnemente su práctica en los textos legales, tildando determinados tratamientos y penas de "inhumanos", y elevando su prohibición al rango de derecho fundamental.

Sin embargo, generación tras generación, individuos del género humano se empeñan en demostrar a sus congéneres, en general, y a tan prestigiosos juristas en particular, que aquellos comportamientos, por crueles, aberrantes y execrables que parezcan, nada tienen, por desgracia, de inhumanos, puesto que humanos son sus autores, y humanos quienes los padecen.

Después de cada nuevo episodio histórico de barbarie inequívocamente humana, los legisladores nacionales e internacionales se apresuran a elaborar y aprobar nuevos textos legales. Cosa distinta es la eficacia y el grado de aplicación que alcanzan tales leyes, tratados y convenios aprobados para reprimir esos crímenes. Como quiera que, no mucho tiempo después, con diferentes protagonistas, y en distintos lugares, los hechos se repiten una y otra vez, no es aventurado afirmar que aquella eficacia es muy escasa, tanto como extendida es la impunidad.

Cuando la comunidad internacional descubrió en 1945, al final de la Segunda Guerra Mundial, los horrores de Auschwitz, Mauthausen o Buchenwald, asumió la necesidad de regular penalmente diversas conductas delictivas, que a partir de entonces se conocieron como crímenes de lesa

humanidad. Se consideró que la ofensa que producían determinados comportamientos aberrantes no ofendía sólo a las personas que los padecían, ni debía afectar sólo a los países en los que tales crímenes se cometían. El Estatuto del Tribunal de Nüremberg sancionó como crímenes contra la humanidad el asesinato, el exterminio, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil.

#### LOS CASOS DE CHILE Y ARGENTINA

En Chile, desde 1973, y en Argentina, entre 1976 y 1983, se cometieron terribles crímenes contra la humanidad. Los nombres del horror fueron ésta vez Villa Grimaldi o Campo de Mayo, La Perla o el Estadio Nacional, la Escuela de Mecánica de la Armada. De manera sistemática, miles de ciudadanos, en su inmensa mayoría población civil indefensa, fueron secuestrados, torturados, violados, asesinados. Centenares de niños fueron entregados en adopción clandestina. Un gigantesco baño de sangre fue orquestado desde los cuarteles en aquellos países paralizados por el terror.

En Alemania se había llamado la "solución final". En Argentina lo bautizaron como el "proceso de reorganización nacional". En Chile se adujo que se trataba de "restaurar la chilenidad".

\* El presente texto transcribe la Introducción, el Capítulo I, el Capítulo II y la Conclusión de un Informe más amplio en el que también se incluyen un capítulo titulado "La calificación como delito de genocidio conforme a la Ley Española" (Cap.III) y otro denominado "Notas breves sobre la tortura y la jurisdicción de la Audiencia Nacional" (Cap.IV).

\*\* Los autores del Informe son: Mercedes García Arán (Catedrática de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona), Hernán Horna-zábal (Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Gerona), Juan Carlos Ferré Olivé (Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Huelva), José Ramón Serrano Piedecabras (Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) y Diego López Garrido (Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha).

Ambas dictaduras militares se caracterizaron enseguida por el empleo de unos métodos de represión política que, por su carácter masivo y organizado, y su determinación de exterminio físico de los grupos disidentes, a quienes dieron en llamar "subversivos", no conocían precedente desde la Alemania nazi.

Para consumir la eliminación física de los discrepantes procedieron, de manera organizada y sistemática, sirviéndose de los inmuebles, acuartelamientos, medios materiales, personales y técnicos de las Fuerzas Armadas, a allanar clandestinamente los domicilios de los ciudadanos, secuestrarlos, someterlos a sofisticados métodos de tortura para procurar su sufrimiento y sustraerles información, y finalmente quitarles la vida por diferentes procedimientos, de manera que resultase siempre imposible para las víctimas defenderse.

En la mayor parte de los casos, las autoridades de entonces se negaron, y se han seguido negando, a dar razón del paradero de las personas secuestradas y posteriormente asesinadas. Los cadáveres eran hechos desaparecer mediante el fuego o la cal, o enterrados en fosas comunes sin identificación alguna. Otras veces, los detenidos, anestesiados y desnudos, eran conducidos en aviones militares hasta sobrevolar el mar, y entonces arrojados al agua. Como consecuencia, gran parte de las víctimas figuran oficialmente, todavía hoy, como "desaparecidos".

Al aprobarse en 1948 el Convenio de Nueva York contra el Genocidio, la Organización de Naciones Unidas quiso ofrecer a todos los ciudadanos del mundo una protección adicional; no se trataba ya de garantizar el derecho a la vida, que estaba protegido por todos los Códigos Penales: se quiso proteger además al ser humano en la medida en que podía ser objeto de una persecución indiscriminada, no por sus circunstancias personales, sino por estar integrado en un grupo de características colectivas determinadas. La eliminación sistemática y ordenada de determinados sectores de población fue tipificada como genocidio, y se dispuso que tal crimen fuera perseguible con independencia del tiempo y lugar de su comisión, de la nacionalidad de las víctimas y también de la de los verdugos.

Después vinieron las Convenciones, Declaraciones y Resoluciones sobre protección de los derechos humanos, sobre derechos civiles y políticos, contra la tortura, contra el terrorismo, contra la desaparición forzada de personas, contra las ejecuciones extrajudiciales.

Se estableció entonces que tales crímenes son imprescriptibles, que sus responsables no tienen ni pueden obtener derecho de asilo, ni estatuto de refugiado, que no pueden excusar su conducta en virtud de obediencia debida, que no pueden obtener perdón, que sus víctimas tienen el derecho fundamental a la justicia. Se estableció la jurisdicción universal, en virtud de la cual todos los Estados están obligados a perseguir los crímenes de lesa humanidad y a posibilitar su persecución por los demás.

La cúpula militar chilena en 1973, y la argentina, en 1976, se autoproclamaron como intérpretes y supremas defensoras de la nación, y consideraron que todos aquellos de sus integrantes que no encajaban en su configuración de la nación debían ser destruidos. Así pues, decidieron su exterminio, de manera fría, calculada, ordenada, militar. La destrucción

parcial del grupo nacional, decidida y ejecutada por Pinochet y Videla, Massera o Leigh, y quienes les secundaron y obedecieron es, jurídicamente, genocidio.

La actuación de aquellos grupos armados que cometen delitos contra la vida y la libertad, actuando de manera organizada y sistemática, al margen de toda legalidad y con intencionalidad política es, jurídicamente, terrorismo. Perseguir desde otros países estos crímenes, después de constatar que no son objeto de persecución en el lugar donde se cometieron, no es una injerencia. Es un acto de justicia.

Hace ya más de veinte años que un puñado de mujeres, con un pañuelo blanco como único estandarte, con su angustia y su desesperación, dieron una lección al mundo, echándose a la calle para reivindicar frente a una dictadura militar feroz la exigencia más elemental: la verdad. Entonces las llamaron locas, pero su extraordinario ejemplo cívico de solidaridad, de exigencia paciente pero constante de justicia, ha permanecido y ha fructificado. Han sostenido la memoria: nunca estuvieron locas, y hoy no están solas.

Esas mujeres simbolizan a todos aquellos miles de ciudadanos, de grupos, de organizaciones, que han tenido la lucidez, la constancia y el valor de resistir al olvido. Como señalaba el escritor colombiano Alvaro Mutis, "la muerte no suprime a los seres cercanos, que son nuestra vida misma. Lo que la muerte se lleva para siempre es su recuerdo, la imagen que se va borrando, diluyendo hasta perderse y es entonces cuando empezamos nosotros a morir también". La memoria es la única manera de sostener el futuro.

## INICIO DE LOS PROCESOS EN ESPAÑA

El 28 de Marzo de 1996 la Unión Progresista de Fiscales dio comienzo, con la presentación de un escrito de denuncia en el Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional, a una experiencia inédita en la jurisdicción española. Se pretendía que los tribunales de nuestro país, al amparo de lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto de la jurisdicción universal para la persecución de determinados delitos, declarasen su propia competencia e iniciasen un procedimiento tendiente a brindar tutela judicial efectiva a las víctimas de crímenes de lesa humanidad.

Se ha dicho en ambos países que los procesos iniciados en España son procesos "coloniales" en los que la ex-metrópoli querría ajustar quién sabe qué cuentas con las ex-colonias. No es cierto. Son procesos que se siguen en un tribunal de justicia, que se encuentra en España, pero que podría estar en cualquier otro país; y no se dirigen contra Argentina o Chile, sino sólo contra los responsables de los crímenes; los cuales, como han hecho siempre los "salvapatrias", después de hacerse pagar muy caros —en sufrimientos, y muchas veces, también en cuentas numeradas— sus "servicios", terminan escondiéndose detrás de la bandera para eludir sus responsabilidades.

Desde 1945, muchos genocidios han estremecido al mundo. Sin embargo, ha sido necesario, al parecer, que se repitiera otro genocidio en Europa, en la ex-Yugoslavia, para que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas haya considerado la necesidad de crear una Corte Internacional ad

hoc, a la que siguió la de Ruanda. Cuando la Unión Progresista de Fiscales interpuso las denuncias, lo hizo porque consideramos que las víctimas de América Latina, y del resto del planeta, cualquiera que sea su nacionalidad, también tienen derecho a la tutela judicial. No son de peor derecho que las víctimas europeas.

Se ha afirmado también que los procesos de España no tienen legitimidad porque los hechos ya se juzgaron en Argentina, y no pueden juzgarse dos veces; y porque en Chile se proclamó la amnistía. Es decir, se nos imputa la vulneración de la "excepción de cosa juzgada". En realidad, se juzgó bien poca cosa. No obstante, ninguno de los responsables juzgados en Argentina están siendo acusados en España de crímenes por los que ya hubieran sido juzgados. En este caso, desgraciadamente, hay víctimas de sobra. Por lo que se refiere a Chile, casi nada ha sido juzgado, pero la invocada Ley de Amnistía, proclamada por la propia dictadura militar, carece de toda validez, como ya han declarado organismos internacionales, pues no solamente es contraria a los principios del derecho internacional humanitario, sino que vulnera expresamente los compromisos contraídos por Chile al ratificar diferentes Tratados Internacionales.

Se afirma asimismo que las leyes de punto final y de obediencia debida, y los indultos, han extinguido la responsabilidad penal. No es cierto. Esas disposiciones son contrarias al orden jurídico internacional, y por eso carecen de validez, como han declarado ya el Comité de derechos humanos de Naciones Unidas y la Comisión de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos.

No existe perdón para quienes arrojaron a miles de personas vivas desde aviones en vuelo. No puede indultarse ni exonerarse a quienes masacraron a toda una generación de argentinos, a quienes destruyeron un sistema democrático con un siglo y medio de existencia, exterminaron, torturaron y exiliaron a miles de chilenos. El parlamento argentino no puede válidamente perdonar a los genocidas, porque la ofensa no es sólo contra la sociedad argentina. El crimen es contra toda la humanidad; los desaparecidos no son argentinos, españoles o chilenos, como tampoco pertenecen sólo a México las víctimas de Chiapas: también son nuestras, son de todos. Sólo la comunidad internacional podría perdonar tales crímenes. Y no los ha perdonado.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos (Nueva York, 1966) garantiza a las víctimas el derecho a la justicia. Chile y Argentina están obligadas por ese Tratado, y no pueden invocar su derecho interno, y menos si son las leyes de la dictadura, para justificar el incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de un Tratado internacional (Convención de Viena, 1969).

## IMPUNIDAD O JUSTICIA

Hemos olvidado principios esenciales de la convivencia democrática, de la justicia y de la dignidad humana. Los asesinos ocupan cargos públicos, mantienen su grado militar o disfrutan de confortables retiros. Nadie pide perdón, ni ofrece explicaciones por lo ocurrido, ni da razón del destino de los miles de desaparecidos. Algunos, incluso, son Senadores. Otros, como Alfredo Astiz, condenado a reclusión perpetua

en Francia y reclamado por Interpol, conceden entrevistas –no sabemos si por propia iniciativa o en virtud, otra vez, de obediencia debida– y se les castiga por decir que mataron, pero no por haber matado. Centenares de jóvenes secuestrados al nacer, huérfanos de nacimiento, siguen esperando, aún sin saberlo, que se les restituya la historia, la identidad y la familia.

España tiene el dudoso privilegio de ser el primer país del mundo en número de víctimas de aquellos regímenes militares, tanto en Chile como en Argentina, después de los propios nacionales. Según las normas tradicionales de atribución de competencia a la jurisdicción penal, ese criterio, el de la nacionalidad de las víctimas sería suficiente para atribuir la competencia a nuestros tribunales. Pero ese criterio, manifestación legal del principio de soberanía nacional, es un principio del Siglo XIX. Preferimos sostener la competencia de la jurisdicción española por el principio de universalidad: los crímenes que ofenden a toda la comunidad internacional deben ser perseguidos por toda la comunidad internacional; porque estamos convencidos de que ese es el principio de jurisdicción del siglo XXI; por encima de las soberanías nacionales.

La impunidad es un insulto a las conciencias democráticas. Aparte de la inmoralidad implícita en que comportamientos gravemente atentatorios contra los derechos humanos queden sin castigo, la impunidad supone el punto de partida de una espiral de circunstancias que terminan por favorecer la reiteración y perpetuación del abuso, máxime cuando el delito se ha generado a la sombra del Estado: primero, porque parece existir una tendencia espontánea de los funcionarios encargados de la persecución del delito a defender al intraneus, al miembro de la institución, frente a la denuncia del estraneus, que en mayor o menor medida siempre cuestiona a aquella, de la que el perseguidor también participa; segundo, porque esa dificultad impide que existan precedentes, y la ausencia de éstos impide precisamente su creación, como en el más cerrado de los círculos. Tercero, porque, producido el crimen desde el Estado, siempre existe el temor de que la exigencia de responsabilidades produzca las condiciones para que se cometa un nuevo crimen. La periódica repetición, en diferentes lugares y momentos, de violaciones graves de los derechos humanos, parece tener pues, como permanente hilo conductor, la impunidad. Cada vez que los crímenes quedan sin castigo, se facilita la posibilidad de que se repitan. Y con ello, las estructuras democráticas de los países en los que se ha producido una impunidad notable de los crímenes cometidos desde el Estado son cada vez más débiles.

La Resolución de Naciones Unidas de 3 de Diciembre de 1973 proclamó que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. Esta Resolución, desgraciadamente, encuentra escasa aplicación.

La impunidad, además de suponer la negación más absoluta de la justicia, tiene un efecto aún más perverso: impide

la construcción del estado de Derecho. La sociedad democrática puede funcionar porque la mayoría de los ciudadanos acata las leyes de manera espontánea, voluntaria; eso permite a las autoridades centrar sus esfuerzos en exigir el cumplimiento de la ley a los pocos que resisten su aplicación. Pero en una sociedad en la que los mayores criminales, responsables del secuestro, tortura y asesinato de miles de ciudadanos disfrutaban de absoluta libertad, en la que sus crímenes no obtienen respuesta alguna por parte del Estado, ¿qué legitimidad le queda a éste para exigir del resto de los ciudadanos el respeto a la ley?. ¿Cómo convencer a los ciudadanos de que respeten las normas si cuanto más grave es la infracción mayor es la posibilidad de eludir la consecuencia legal?. ¿Alguien piensa, seriamente, que la reconstrucción democrática de Alemania hubiera sido posible con los criminales nazis en libertad? La construcción democrática de las sociedades de América Latina está comprometida. El futuro está comprometido. Y es también el nuestro.

## I. ARGENTINA Y CHILE: CRÍMENES DE ESTADO Y CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD PERSEGUIBLES POR EL DERECHO INTERNACIONAL

### 1. La represión de los Crímenes contra la Humanidad en el Derecho Internacional

La idea de una jurisdicción penal intencional por encima de las naciones por "crímenes de Estado" surgió hace mucho tiempo, pero sólo toma cuerpo después del llamado Informe Carnegie, realizado por la Comisión Internacional para investigar las causas y conductas de la guerra de los Balcanes (Washington, 1914). Antes de ese Informe no se concebía una responsabilidad en las personas físicas por esos hechos, ya que, como es sabido, el concepto original y tradicional del Derecho Internacional era regular, exclusivamente, relaciones entre Estados. A partir de la Primera Guerra Mundial, adquiere importancia en las leyes internacionales humanitarias la noción de que los grandes crímenes nacidos y producidos en situaciones bélicas o en otras circunstancias también son una cuestión de responsabilidades individuales. Así se desarrolla un concepto de responsabilidad individual por violación del Derecho Internacional, especialmente de aquellos que actúan como representantes de órganos de un Estado o dirigiendo grupos militares o policiales. Se llegó a la conclusión de que esa es una forma de evitar violaciones de las leyes internacionales humanitarias.

Lo anterior toma forma en la Segunda Guerra Mundial. En efecto, en una reunión en Moscú en 1943, los ministros de Asuntos Exteriores inglés, americano y soviético acordaron comprometerse a perseguir los criminales de guerra "hasta en las regiones más alejadas de la tierra", con la finalidad de que "la justicia se haga realidad". Tres años más tarde, el Estatuto del Tribunal de Nüremberg definió por primera vez la noción de crimen contra la humanidad: se trataba de "el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra la población civil, antes o durante la guerra, o bien la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos cuando esos actos o persecuciones... hayan sido

cometidos como consecuencia de cualquier crimen que sea comprendido en la competencia del Tribunal o vinculado con ese crimen". Por vez primera, jurisdicciones militares internacionales tenían competencia para juzgar individuos. Esta parecía ser, repetimos, la más efectiva forma de aplicar el derecho internacional penal y, por tanto, de prevenir los clásicos crímenes de Nüremberg. En su resolución 95, de 11 de Diciembre de 1946, la Asamblea General de la ONU "confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Tribunal de Nüremberg y por la sentencia de ese Tribunal". Como consecuencia, adquiere alcance universal el derecho creado por el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nüremberg. Estos se han convertido en parte del derecho internacional consuetudinario.

Dos años después surge el primer gran texto convencional internacional que sanciona uno de los mayores crímenes contra la humanidad: el genocidio. El Convenio sobre el genocidio, de 1948, estuvo inspirado por Rafael Lemkin, consejero en el Ministerio de Defensa de los Estados Unidos, según el cual el genocidio significa la destrucción de una nación, o de un grupo social o nacional, y supone la existencia de un *plan premeditado y coordinado con el fin de la exterminación de dicho grupo*. Genocidio es el más grande de los crímenes contra la humanidad porque el derecho natural de un grupo a su existencia es como el derecho natural de una persona a la vida. Los atentados contra esos grupos violan el derecho a su existencia y desarrollo en el seno de la comunidad internacional. Los esfuerzos de Lemkin condujeron a que, en 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara la Convención para la Prevención y la Represión del crimen de Genocidio, que definía así el acto criminal: "Uno cualquiera de los actos señalados a continuación cometidos con la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Asesinatos de miembros de los grupos; b) Atentados graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Someter premeditadamente al grupo a condiciones de existencia que entrañen su destrucción física total o parcial; d) Acciones dirigidas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

La Convención sobre el Genocidio ha sido ratificada por más de 120 estados y forma parte también del derecho internacional consuetudinario a partir de una resolución del Tribunal Internacional de Justicia de 1971.

La calificación de Genocidio puede aplicarse a alguno de los acontecimientos más trágicos producidos en el siglo XX. El genocidio de los armenios, el cometido por la Alemania nazi, recientemente, el genocidio de los tutsis a manos del terror hutu. También cabe aquí incluir la acción masiva de represión, de tortura y de desapariciones, llevada a cabo por los gobiernos militares de Argentina y de Chile. Efectivamente, en estos últimos casos, se cumple aquello que es propio de un genocidio: el propósito de exterminación del grupo, es decir, aquello que diferencia el genocidio de otros crímenes que tienen móviles distintos.

En el caso del genocidio estamos ante un crimen esencialmente político, generalmente cometido por los detentadores del poder o con su consentimiento. El genocidio no

se improvisa, se planifica. En el caso del genocidio, la obligación de intervenir, por parte de la comunidad internacional, es mucho más exigente que en otros crímenes. La responsabilidad internacional surge en cuanto que existe un instrumento jurídico específico que obliga a los estados signatarios a “prevenir y castigar”, según los términos de la Convención. Era la idea inicial en Lemkin, para el cual “la hipotética regulación del genocidio como un crimen nacional no tendría ningún sentido porque, por su propia naturaleza, el autor es el Estado o grupos poderosos con el apoyo del Estado (...) por su naturaleza jurídica, el genocidio debe tratarse como crimen internacional”.

Los autores de genocidio, en Chile y en Argentina, deben ser perseguidos, no sólo porque han matado a miles de personas, sino porque han violado el orden de la humanidad pretendiendo destruir un grupo. La humanidad no puede sobrevivir si un grupo puede ser exterminado impunemente.

Los otros textos internacionales que conviene destacar aquí son las cuatro convenciones de Ginebra, vigentes también en España - de 11 de Agosto de 1949, que contemplan disposiciones aplicadas a todo conflicto armado, incluyendo a los no internacionales o internos como el que prohíbe “en cualquier tiempo y cualquier lugar”: a) Atentar contra la vida y la integridad corporal, en especial el asesinato en todas sus formas, más las mutilaciones con malos tratos crueles, torturas y suplicios; b) La toma de rehenes; c) Atentar contra la dignidad de las personas, en especial los tratos humillantes y degradantes”.

Por último, en relación con los hechos objeto de persecución criminal por parte de la Audiencia Nacional española, sucedidos en Chile y Argentina durante las dictaduras militares, hay que referirse al delito de tortura y a la Convención que lo reprime, de 10 de Diciembre de 1984, de la que también es parte España. Esa Convención extiende la jurisdicción para perseguir ese delito al Estado del cual es nacional la víctima, aunque haya sido cometido en otro Estado.

Los anteriores son crímenes que obligan a la intervención del derecho internacional, es decir, que desbordan las fronteras del Estado. Por ello, su represión es responsabilidad del conjunto de la comunidad internacional y no sólo del Estado en cuyo interior se producen dichos delitos. Es lógico, ya que, como decíamos, en la mayor parte de los casos, esos delitos los comete el propio Estado o autoridades o grupos organizados dependientes o admitidos por el Estado. Se trata de crímenes reprimidos por el derecho internacional porque, con ello, éste está protegiendo los más altos valores legales de la comunidad de Estados y de pueblos en el mundo.

En la segunda mitad del siglo XX se ha consolidado el principio de la responsabilidad individual. En 1994, la Comisión creada para estudiar el Estatuto de un Tribunal Penal Internacional estableció que, de acuerdo a los principios de Nüremberg y Tokio, “los crímenes contra las leyes de las Naciones fueron cometidos por hombres, no por entidades abstractas”.

La responsabilidad internacional para la represión de los crímenes contra la humanidad es universalmente aceptada a pesar de los obstáculos que –políticamente– han ido

apareciendo, y la incompatibilidad de ese principio con el de soberanía. Este fue, por mucho tiempo, la principal dificultad. Ya no. El concepto de soberanía ha perdido su carácter absoluto y apariencia omnipotente, se ha sometido a cambios fundamentales, particularmente reconociendo a los individuos como sujetos del derecho internacional, así como la aceptación amplísima del concepto de interés común en la comunidad mundial. Estos dos principios han tomado prioridad sobre las acciones del Estado. En áreas como los derechos humanos, el Estado ya no puede invocar la exclusividad de la jurisdicción nacional en relación con los derechos individuales. Esto se ha convertido en un asunto de interés internacional y ha permitido un control sobre las acciones estatales. El concepto actual de soberanía estatal ya no es prominente sobre el ejercicio de la jurisdicción penal que se realice desde el exterior del Estado afectado. Este es el caso de los crímenes cometidos en Chile y Argentina en la época de las dictaduras militares.

## 2. La Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y el principio de la Jurisdicción Universal

Cuarenta años después del fin de la Segunda Guerra Mundial, en 1985, el Tribunal de Casación francés daba una definición de Crimen contra la Humanidad que incluía el elemento de la imprescriptibilidad. En relación con el famoso caso de Klaus Barbie, el Tribunal utilizaba por vez primera en Francia, los conceptos evocados por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg: “Constituyen crímenes *imprescriptibles* contra la humanidad, en el sentido del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, ... los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre del Estado que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas por razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también *contra los adversarios de esa política, cualquiera que sea la forma de su oposición*”.

Sin duda, esta definición de crimen contra la humanidad dada por el Tribunal de Casación francés encaja a la perfección en las acciones terribles llevadas a cabo por los militares y paramilitares en Chile y en Argentina. Además, aparece con absoluta nitidez, como característica de dichos delitos, su no prescripción, que es, por otra parte, usual dentro del derecho internacional.

Estos crímenes son imprescriptibles porque son incompatibles con el olvido. La prescripción no es un acto de voluntad como la amnistía o la gracia. No expresa el perdón de los hombres, sino el olvido del tiempo, que garantiza la impunidad de los crímenes después de un determinado plazo transcurrido desde los hechos (que impide la persecución penal, (prescripción de la acción pública) o desde la condena (prescripción de la pena, que no será ejecutada). La impunidad, cuando bloquea cualquier procedimiento, impide la formación de la memoria, la cual no tiene como función esencial regodearse en el pasado, sino alimentar el presente y preparar el futuro.

En Nüremberg y Tokio, cuando fueron juzgados los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, la distancia era demasiado corta para que la cuestión se plan-

tease. Es más adelante, con la Convención de la ONU de 1968 y la Convención Europea de 1974, cuando se asocia la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad con la de los crímenes de guerra, en el derecho internacional escrito. El 18 de Diciembre de 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaraba, en relación con la desaparición forzada de personas, que ésta es una práctica que debe incluirse dentro de los crímenes contra la humanidad y debe ser calificada "crimen continuado", lo que la acerca a un crimen imprescriptible. Las desapariciones en Chile y Argentina tienen esa característica de imprescriptibilidad. (Ver artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa de 25 de Enero de 1974, sobre la prescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad; y la Resolución 291 de la Asamblea General de la ONU, de 9 de Diciembre de 1968, aprobando la Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad).

En relación con la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad hay que hacer necesaria referencia a una recentísima sentencia, la de 10 de Julio de 1997, del Tribunal Militar de Roma, que reconocía a Erich Priebke y Karol Hass como responsables de los asesinatos de la llamada "Fosse Arbeatina", producidos durante la Segunda Guerra Mundial por oficiales nazis, entre ellos los imputados. Según el Tribunal Militar de Roma, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad es un principio general del ordenamiento internacional. Con ello, el Tribunal italiano viene a decir que la imprescriptibilidad no proviene del Convenio de 1968 aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, ya citado, porque éste no es sino una "consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión". Es decir, la Convención no habría hecho otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el derecho internacional consuetudinario.

Otra referencia contemporánea a la cuestión de la prescripción en los crímenes contra la humanidad podemos situarla en Hungría. En el proyecto de Ley presentado por el nuevo Gobierno democrático, dirigido a castigar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos fundamentales cometidos en el curso de la represión de la Revolución de 1956, por las autoridades comunistas, el Tribunal Constitucional húngaro, en su sentencia número 53 de 1993, ha reconocido la existencia de una regla general de deber internacional de castigar los crímenes contra la humanidad. Ello estaría por encima de cualquier amnistía.

De lo anterior se deduciría la existencia de una obligación de "represión universal", o sea, una obligación general para todos los Estados de castigar al extranjero (privado u órgano estatal) responsable de un crimen contra la humanidad. Esto es lo que sucede con España, obligada a perseguir los delitos producidos en Chile y Argentina.

El derecho jurídico internacional atribuye a todos los Estados, incluyendo a los que no tienen ninguna relación directa con el delito, a través del uso del criterio de la jurisdicción universal, la potestad de poner en práctica una actividad represiva. En otros términos, en relación con los *crimina juris gentium*, el derecho internacional no requiere la existencia de vínculo efectivo con el Estado que intenta

reprimir el delito; el ejercicio de la potestad punitiva no encuentra un límite en una eventual ligazón orgánica entre el autor del delito y el Estado perseguidor. Algo ciertamente muy distinto a lo que sucede con cualquier otro tipo de delito.

En los crímenes contra la Humanidad la extradición se aplica muy fuertemente, como consecuencia de la explícita e intensa voluntad de la comunidad internacional en reprimir las violaciones de esos crímenes. Así, en el citado anteriormente caso Priebke, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en fecha 2 de Noviembre de 1995, concluyó en la concesión de la extradición a Italia de la citada persona, como consecuencia del requerimiento formulado por el Gobierno italiano. En esa sentencia, la Corte rechazó los dos motivos fundamentales que se adujeron en varias fases del proceso en apoyo de la no extradición del sujeto: la naturaleza política de los delitos en cuestión y la prescripción de los mismos. El juez argentino reconoció la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción penal en base a la naturaleza de crimen internacional propio de los delitos imputados; ello aunque no coincidía con la construcción jurídica elaborada en la jurisprudencia francesa. De hecho, la Corte Suprema argentina parece invocar la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, no tanto en base a la praxis internacional, considerada insuficiente, sino directamente por la naturaleza coactiva de la norma internacional incriminadora.

Parecidos argumentos están en la recordada sentencia de 1993 del Tribunal Constitucional húngaro. Aunque no existiera una norma internacional cierta que dispusiera la imprescriptibilidad, el derecho internacional escrito integra la norma consuetudinaria que impele a los Estados a perseguir los crímenes contra la humanidad. Con ello, a partir de la jurisprudencia francesa, que ha sido la primera en reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en base a razones de derecho internacional, se ha consolidado esta doctrina en los tribunales nacionales. Esa misma jurisprudencia francesa —por todas, ver la sentencia de 13 de Abril de 1992, de la Cámara de acusación del Tribunal de Apelación de París, en el asunto Touvier— ha precisado que, para que un delito pueda ser calificado como crimen contra la humanidad, se requiere "la participación en la ejecución de un plan concertado, llevado a cabo en nombre de un Estado que practica de forma sistemática una política de hegemonía ideológica". Algo que casa perfectamente con los regímenes chileno y argentino que perpetraron los crímenes contra la humanidad que persigue la Audiencia Nacional española.

Podemos concluir que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad forma parte del principio de *jurisdicción universal* en relación con los crímenes contra la humanidad. Hemos visto que el carácter "internacional" de los crímenes contra la humanidad consiente a cualquier Estado perseguir, a través de su propia jurisdicción penal, a los responsables, incluso aunque no exista un vínculo directo entre el hecho delictivo y el ordenamiento interno. Ello, repetimos, en base a la naturaleza del principio de la *jurisdicción universal* para los crímenes contra la humanidad, como delitos de carácter internacional, para los cuales se ha creado un régimen jurídico ad hoc idóneo para excluir la

aplicación, no sólo de la prescripción, sino de cualquier institución que pudiera obstaculizar su efectiva represión y castigo. Desde ese punto de vista, resultan completamente infundadas las dificultades opuestas por la Fiscalía, en el caso de la Audiencia Nacional española, para la persecución de los delitos de los regímenes militares de Chile y Argentina.

### 3. La impunidad nacional de los delitos de Genocidio, Terrorismo y Tortura cometidos en Chile y Argentina

Una de las razones fundamentales por las cuales se ha desarrollado un derecho internacional, con carácter obligatorio (*ius cogens*) para reprimir los crímenes contra la Humanidad, ha sido la dificultad para una persecución de esos crímenes a través de jurisdicciones nacionales. Esto ha sido especialmente clamoroso en algunos Estados y durante algunas épocas recientes. Por ejemplo, en relación con Latinoamérica, aparecen países como Colombia, Perú, Bolivia, Chile o Argentina. Las violaciones de los derechos humanos, durante los regímenes militares, fueron muy relevantes, por encima de cualquier otro país, en Chile y Argentina. Están, además, bien documentadas (en Chile, a través del Informe Rettig, en Argentina, en el Informe "Nunca Más").

En Argentina y Chile, la impunidad se ha logrado a través de leyes específicas, en forma de amnistía y perdones, que incluso han hecho superflua la impunidad generada por la justicia militar. Además, las amenazas masivas a los gobiernos civiles, por los militares, en Chile y Argentina, así como a los Tribunales de Justicia, y sobre testigos ante los mismos, han sido los más importantes mecanismos fácticos y estructurales de impunidad.

En Chile, la ley de 1992, de 4 de Noviembre, decretó la exención de punibilidad a antiguos "terroristas". En Argentina hay que recordar la Ley de Punto Final de 1986, de 23 de Diciembre, decretando la prohibición irrevocable de la persecución criminal y la Ley de Obediencia Debida de 1987, de 4 de Junio, que determina la ausencia de delito por actos en el ejercicio de obediencia a un superior, que, por esa razón, gozarían de una "irrefutable presunción" de legalidad. Ambas leyes fueron seguidas de decretos administrativos (1986/1987), para garantizar la impunidad.

Es claro que las leyes de impunidad niegan los preceptos constitucionales y el derecho internacional, en tanto que excluyen de castigo a graves violaciones de derechos humanos, fundamentalmente por el mecanismo de introducir una presunción irrefutable de que el que ha perpetrado la acción ha actuado en ejecución de órdenes superiores. En realidad, las citadas leyes chilena (1978) y argentina (1986) son incompatibles con el derecho internacional y, por tanto, no pueden ser aceptadas en un Estado que pretenda ser visto seriamente como un Estado de Derecho. Esto es lo que debería nacer del propio poder legislativo chileno y argentino. Lo mismo podría decirse con respecto a la impunidad que surge de la justicia militar. Finalmente, en relación con la doctrina de la "orden superior", en el sentido de "incondicional", "absoluta" o "ciega" obediencia, que conduce al castigo para quien rehuse llevar a cabo una orden manifiestamente ilegal. Es absolutamente contraria al derecho internacional, que requiere una obediencia "reflexiva". Tal regulación aún

permanece en el art. 335 del Código Militar chileno y en el art. 514 del argentino.

Lo anterior nos conduce a la conclusión de que la utilización de las posibilidades que da el derecho internacional y que se han expuesto en los anteriores apartados, es absolutamente imprescindible para evitar la impunidad de los delitos cometidos durante las dictaduras militares de Chile y Argentina. No hay ninguna posibilidad, por el momento, de que esa impunidad cese en el interior de los Estados chileno y argentino, a través de modificaciones legislativas o de la intervención de los tribunales.

Para que crímenes contra la Humanidad no queden impunes es necesario poner en marcha la jurisdicción universal. Y dado que no existe todavía un Tribunal Penal Internacional, tienen que ser Estados diferentes de aquellos que han concedido impunidad a tales crímenes los que intervengan, a través de sus jurisdicciones respectivas. Esto es algo que la Audiencia Nacional tiene y debe hacer y que, por otra parte, va en la línea de la positiva evolución del derecho internacional, después del fin de la guerra fría, para que el principio de jurisdicción universal se desarrolle y se profundice, sin que para ello sea obstáculo la soberanía de los Estados.

Pero no sólo el derecho internacional, al que hemos hecho referencia en este capítulo I –y que es de aplicación directa formando parte del ordenamiento jurídico español, en virtud de los artículos 10 y 96 de la Constitución española– sino también el propio derecho interno (Ley Orgánica del Poder Judicial) permite que, como veremos en el capítulo siguiente, los crímenes contra la humanidad perpetrados en Chile y Argentina no permanezcan impunes.

Es indispensable hacer saber claramente a los criminales contra la humanidad que no podrán vivir tranquilos en ningún rincón de la tierra; que les será impedida la circulación o la estancia en cualquier Estado democrático. Esto debe formar parte, no sólo de una concesión a una opinión pública indignada por actos de barbarie, sino de una política claramente definida. La forma más efectiva de aplicar el derecho internacional humanitario es la persecución y castigo de los delincuentes, a través de jurisdicciones nacionales o internacionales. En realidad, el derecho internacional depende precisamente de esa persecución y castigo. Como Cesare Beccaria aseguró en 1764, "la convicción de no encontrar un sólo lugar de la tierra donde los crímenes reales sean perdonados debe ser el camino más eficaz para prevenirlos".

## II. LA CALIFICACIÓN COMO DELITO DE TERRORISMO CONFORME A LA LEY ESPAÑOLA

El art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) atribuye competencia a la jurisdicción española para conocer "*de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: b) TERRORISMO.*"

Las líneas que siguen se destinan a analizar si las violaciones de los derechos humanos cometidas por funcionarios

chilenos y argentinos en los años setenta pueden ser calificados como hechos de *terrorismo conforme a la ley española* y, con ello, si los Tribunales españoles son competentes para su persecución y enjuiciamiento.

Los apartados que se desarrollarán son los siguientes:

1. Breve referencia a los hechos
2. Dimensión internacional de los derechos humanos
3. El terrorismo como crimen internacional
4. Aproximación al concepto de terrorismo y el llamado "terrorismo de Estado".
5. La referencia al terrorismo en la LOPJ y el concepto de terrorismo en la ley penal española.
6. La ley penal española aplicable.
7. Principio de justicia universal y renuncia a la jurisdicción: las leyes de punto final y obediencia debida.

### 1. Breve referencia a los hechos

El presente apartado no pretende un establecimiento exhaustivo de los hechos sobre cuyo conocimiento se reclama la competencia jurisdiccional española. Una exposición más detallada puede encontrarse en los escritos de las acusaciones sin que sea necesaria su reproducción y, por otra parte, la discrepancia que aquí se aborda se sitúa en la norma que atribuye la competencia a los Tribunales españoles, *sin que en las distintas alegaciones, favorables o contrarias, se manifieste contradicción sobre la realidad de los hechos, sino sobre su calificación como terrorismo.*

En todo caso, puesto que el paso previo para toda calificación jurídica es, obviamente, el señalamiento de los hechos que se pretende calificar procederemos a una enumeración de los que son indiscutidos, acudiendo a los escritos de aquellos órganos contrarios a la competencia española, en aras de evitar la controvertibilidad.

a) Tanto en Chile como en Argentina, durante los periodos de gobierno de las Juntas Militares se cometieron asesinatos, detenciones ilegales, seguidas de la desaparición forzada de personas en muchos casos, torturas y atentados contra la propiedad entre otros delitos, contra personas disidentes o contrarias al régimen político vigente o contra sus allegados. Al efecto, puede partirse del resumen de la situación contenido en la "Nota sobre la jurisdicción de los Tribunales españoles" de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, (conocida como "informe Fungairiño"): "Lo ocurrido en la Argentina y en Chile durante las dictaduras militares -aniquilamiento sistemático de sectores de población (mediante asesinatos, secuestros, torturas en dependencias militares y desapariciones de las víctimas en fosas comunes o por lanzamiento de los cadáveres al mar) por razones "escalonadas" de disidencia política (primeramente, sospecha de pertenencia al grupo terrorista montonero o al MIR; después, meras sospechas de izquierdismo subversivo; finalmente, meras relaciones amicales o familiares con dichos sospechosos...".

b) Los hechos cometidos se llevaron a cabo por agentes o personas al servicio del Estado a las órdenes de sus mandos, como se desprende de la nota que se acaba de recoger y también del informe de la Secretaría General Técnica de la Fiscalía General del Estado ("Competencia de la jurisdicción española para conocer de determinados delitos cometidos en Chile y Argentina").

c) Los hechos se integraron en un plan de eliminación de la disidencia política establecido por las autoridades, como paladinamente se reconoce en el llamado "informe Fungairiño".

d) Obviamente, incluso como actuaciones contra lo que las Juntas Militares pudieran considerar "subversión", se llevaron a cabo con total apartamiento del ordenamiento vigente puesto que ni siquiera la dictadura más ignorante de los derechos humanos carece de una cierta cobertura procedimental formal para sus actuaciones contra la disidencia política. Resulta evidente que no sólo las detenciones se realizaron al margen de dicha cobertura formal, sino también que los atentados contra personas y bienes cometidos eran abiertamente opuestos al derecho sustantivo.

### 2. Dimensión internacional de los derechos humanos

Las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de otros documentos internacionales proclaman como tales, determinados derechos que ya formaban parte de la legislación y de las tradiciones cívicas de Chile y Argentina. Como subraya la expresión "derechos humanos", no se trata de derechos cuyo respeto esté condicionado a la consagración por la legislación interna, sino que son inherentes a toda persona y gozan de aceptación universal.

Esta condición especial del Estado frente a los derechos humanos es fuente también de su responsabilidad, pues existe compromiso internacional sobre su respeto. El Estado debe responder de los actos de sus agentes y personas a su servicio, cuando han actuado en cumplimiento de políticas o directivas de órganos estatales. La responsabilidad no es sólo respecto de órdenes específicas sino también por las iniciativas del "funcionario diligente" que actúa en el contexto de una política general.

*Esta responsabilidad del Estado, cuya exigencia no sólo se hace posible sino que se agudiza en los periodos posteriores de normalidad democrática, no se agota en el ejercicio de la jurisdicción o su renuncia sino que permanece más allá de límites de tiempo o de territorio. Por eso se trata de hechos que no prescriben y de hechos cuyo conocimiento corresponde a cualquier jurisdicción. En consecuencia, la pervivencia de la responsabilidad del Estado obliga al Gobierno del Estado infractor, como representante internacional del Estado, en todo caso a cooperar, a no poner obstáculos a la persecución de los ex funcionarios infractores y a dar facilidades para la investigación de los hechos etc., si no está en condiciones de hacerlo él mismo por razones de oportunidad política.*

### 3. El terrorismo como crimen internacional

El planteamiento de la competencia jurisdiccional extraterritorial del Estado español obliga a enmarcar los hechos en los principios de Derecho Internacional para poner de manifiesto hasta qué punto la comunidad internacional *como tal*, está interesada en la persecución de comportamientos de esta naturaleza. El interés en el establecimiento de este punto de partida radica en que, de encuadrarse claramente



el terrorismo cometido desde los aparatos estatales en el ámbito de la responsabilidad internacional, los principios jurídicos supranacionales prevalecen sobre la literalidad e incluso el contenido material de las normas de derecho interno cuando éstas conducen a la impunidad de los hechos en cuya persecución está interesada la comunidad internacional.

Al respecto, aunque el objetivo final de estas páginas se centra en la calificación de los hechos como terrorismo conforme a la legislación española, la misma vinculación que la LOPJ establece con los principios supranacionales al establecer la competencia extraterritorial obliga a adoptar una perspectiva de análisis que tome en consideración dichos principios. Y en dicha perspectiva, el primer punto de partida es la relación entre los hechos que aquí se analizan y el concepto de *crimen contra la humanidad*.

#### a) Terrorismo y crímenes contra la humanidad

En una primera aproximación podría mantenerse que el concepto de crimen contra la humanidad no resulta decisivo a efectos de subsunción de los hechos en la legislación española, dado que ésta no contiene una definición explícita de lo que debe considerarse como crimen contra la humanidad. Sin embargo, como se verá en apartados posteriores, el propio concepto de terrorismo es de contornos imprecisos y plantea problemas interpretativos derivados de su referencia inevitable a componentes políticos sometidos a valoración.

Más adelante nos detendremos en dichos problemas desde la perspectiva del derecho interno español, pero lo que interesa en este punto es, como paso previo, establecer las bases para la interpretación del terrorismo como concepto internacional, imprescindible desde el momento en que la LOPJ española lo vincula con el concepto de justicia universal. En otras palabras, el objetivo del art. 23.4 de la LOPJ no es facilitar la persecución de hechos de terrorismo cometidos en España, sino la de hechos que España, *como miembro de la comunidad internacional*, está interesada en perseguir, aunque para su concreción se remita a la definición contenida en leyes españolas. Y a tales efectos de perspectiva internacional de interpretación, los textos internacionales permiten establecer tanto la conexión del terrorismo con los crímenes contra la humanidad como la específica preocupación internacional en la persecución del terrorismo.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se observa internacionalmente la necesidad de *normas imperativas* para los Estados en materia de violación de derechos humanos a partir de los masivos atentados cometidos durante el período nazi. En este sentido, es definitivo punto de partida el Estatuto del Tribunal de Núremberg, confirmado por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución de 11 de Diciembre de 1946 (resolución 95, I). Entre sus principios cabe destacar:

Principio II: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional, no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

Principio IV: El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un

superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

Principio VI,c): son delitos contra la humanidad: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o en relación con él.

Como puede verse, la apertura de los conceptos utilizados permite encajar en ellos hechos de determinadas características *con independencia de cuál sea el "nomen iuris" que reciban en los derechos internos de los países* e incluso, con independencia de su tipificación expresa (principio II). Esta es la razón por la que hechos definidos como terrorismo por la ley española, pueden remitirse al concepto de crimen contra la humanidad si se dan las notas que se desprenden de dicho concepto genérico:

1. Persecución de la disidencia política o ideológica.
2. Violación generalizada de los derechos humanos y exterminio físico de personas disidentes
3. Realización por las Autoridades de un Estado o por particulares con su consentimiento o tolerancia.

La referencia del Estatuto de Núremberg a la relación con crímenes de guerra es evidentemente política y tampoco puede entenderse hecha a una definición de derecho positivo, pero en todo caso, las frecuentes alegaciones de las Juntas Militares argentina y chilena a la "guerra contra la subversión", indican, por sí mismas, el reconocimiento de una situación de características bélicas mantenida por los propios autores de los hechos.

La vinculación entre los derechos humanos y el crimen internacional puede sintetizarse en torno a los siguientes puntos: 1º Cuando el derecho internacional incorpora los derechos humanos a sus instituciones reconoce supranacionalmente la dignidad de la persona, a quien se atribuye la calidad de sujeto de derecho internacional y, lo que es más importante, se le reconocen derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por los Estados. 2º En consecuencia, la violación de los derechos humanos no es una cuestión de derecho interno sino un problema internacional pues se ve afectado el orden internacional. 3º Ello está en la base del principio de justicia universal, que **parte de la consideración de la persona como sujeto de derecho internacional**. Por tanto, dicho principio es una norma de derecho internacional incorporada a la legislación interna española, como se desarrollará en el siguiente apartado.

Queda aquí establecida, por tanto, la posibilidad de conexión entre el concepto de crimen contra la humanidad y los delitos de terrorismo a los efectos de configurar la responsabilidad internacional. En los apartados 3 y 4 de este escrito concretaremos si, con arreglo a la ley española, el *nomen iuris* "terrorismo" acoge supuestos que reúnen las características del crimen contra la humanidad.

En todo caso, la consideración de los hechos aquí analizados como crímenes contra la humanidad se encuentra presente no sólo en el Auto del Juzgado Central 5 de Instrucción admitiendo la competencia española (razonamiento

jurídico tercero), sino también –por citar la perspectiva opuesta– en el escrito del Ministerio Fiscal interponiendo recurso contra el Auto de prisión de Scilingo, en el que se mencionan expresamente “todos los actos de lesa humanidad cometidos en dicha Nación”.

### **b) Las referencias internacionales específicas a los delitos de terrorismo**

En los textos internacionales pueden encontrarse numerosas referencias expresas a la persecución internacional del terrorismo que, además de permitir también la conexión con el crimen contra la humanidad, hacen patente su aptitud para el establecimiento de responsabilidad internacional.

Entre otros ejemplos, la Asamblea General de Naciones Unidas “consciente de la necesidad de proteger los derechos humanos y de ofrecer garantías para los individuos de acuerdo con los principios internacionales de los derechos humanos, particularmente, el derecho a la vida”, llama a los Estados a que “tomen todas las medidas necesarias en concordancia con las normas internacionales de derechos humanos para prevenir, combatir y eliminar *todos los actos de terrorismo donde quiera y por quien quiera los haya cometido*” (U.N. Doc. A/50/186, adoptado por la Asamblea General el 22 de diciembre de 1995).

Igualmente, pueden citarse las normas internacionales en materia de extradición como expresión de la voluntad de favorecer la persecución extraterritorial del terrorismo. Como es sabido, la tradicional exclusión de los delitos políticos respecto de la extradición, encuentra su excepción en los hechos de terrorismo, aunque debe establecerse ya en este punto *que ello no supone negar al terrorismo su finalidad política*. Precisamente porque cabe mantener que tiene tal orientación, las normas de derecho interno derivadas de los tratados internacionales en esta materia, *deben exceptuar expresamente* al terrorismo del concepto de delito político a los efectos de la extradición. La necesidad de exceptuar, por tanto, tiende a confirmar la orientación política del terrorismo –ya que si no la tuviera, no sería necesario establecer dicha excepción–, y debe explicarse por la pretensión de excluirlo de los beneficios internacionales que, derivados de una concepción liberal, se atribuyen a la delincuencia política. Pero en todo caso, este trato excepcional y excluyente de tratamiento benévolo, pone claramente de manifiesto la voluntad de favorecer la persecución internacional del terrorismo.

### **c) Terrorismo y principio de justicia universal**

Acudiendo ya a la legislación española, la mayor y más expresa conexión del terrorismo con la persecución penal internacional la proporciona la propia LOPJ en su art. 23.4, cuya aplicación aquí nos interesa, al atribuir competencia extraterritorial a la jurisdicción española en materia de terrorismo.

En efecto, en dicho precepto se recoge lo que es conocido como *principio de la justicia universal*. En virtud del mismo, el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional *cuando lesionan determinados bienes jurídicos*

*reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada*.

El reconocimiento de este principio por los Estados supone no sólo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesionados por formas de delincuencia internacional. Por tanto, se trata de un instrumento que posibilita la persecución por cualquier Estado que lo asuma, de hechos que se han cometido fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentra interesado *como miembro de la comunidad internacional*.

En relación a los derechos humanos se presentan dos problemas: a) la obligatoriedad de su observancia y b) la reserva de la jurisdicción doméstica. La obligatoriedad de observancia no puede ser discutida: las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas sobre derechos humanos no constituyen una declaración de intenciones sino una obligación jurídica. El art. 103 de la Carta establece que “en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de Naciones Unidas en virtud de la presente carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las disposiciones impuestas por la presente Carta”. En cuanto a la reserva de jurisdicción doméstica, el art. 2 de la Carta de Naciones Unidas reconoce la jurisdicción interna excluyéndola de la competencia de dicho organismo; sin embargo, ello no puede llevar a excluir la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, porque éstos constituyen la dimensión internacional de los derechos fundamentales recogidos en los derechos internos. Como derechos humanos su observancia está sujeta a una obligación internacional. Sus violaciones no son sólo un conflicto interno, sino también un conflicto internacional, pues afectan directamente a la persona como sujeto de derecho internacional.

Entendemos que ésta es la única forma de dotar de contenido al principio de la justicia universal por varios motivos. En primer lugar, el interés de la comunidad internacional en la persecución supranacional del terrorismo ha quedado establecido en los apartados anteriores; pero, además, aunque nadie discute que lo acogido en el art. 23.4 LOPJ es el principio de justicia universal, su diferente sentido respecto de otros principios acogidos en el mismo art. 23 LOPJ es evidente: *en ningún caso puede atribuirse a la competencia extraterritorial en materia de terrorismo una finalidad de autoprotección del Estado español*, porque ésa es la finalidad abarcada por el principio real o de protección que se acoge en el num. 3 del art. 23 LOPJ, referido a bienes jurídicos estatales (delitos de traición, contra la Corona, etc.).

Asimismo, tal sentido de protección de intereses internacionales es el que preside la selección de delitos incluidos en el principio de justicia universal: además del terrorismo, se incluyen el genocidio, la falsificación de moneda extranjera, el tráfico de drogas y, sobre todo, “cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España” (art. 23.4.g) LOPJ).

Abonando el acierto de esta interpretación –por otra parte, incuestionada en la doctrina– debe hacerse notar que el Informe de la Secretaría General Técnica de la Fiscalía General del Estado (p.4), pese a mantener que el terrorismo

es un delito contra el orden constitucional español y negar la competencia española, reconoce que su inclusión en el principio de justicia universal obedece a principios distintos del conocido como real o de protección, afirmando: “Este matiz, abonaría la idea de que los delitos de terrorismo son perseguibles por la jurisdicción española aunque no atenten contra bienes nacionales”.

En ese “matiz” se encuentra una de las claves de la cuestión: en efecto, en la ley española, el terrorismo es delito contra el orden español, pero cuando en la LOPJ se establece la competencia extraterritorial para perseguirlo *junto a otros delitos internacionales*, se está superando ese plano interno y se está dando cumplimiento al compromiso internacional en la persecución de estos hechos. Por ello es necesaria una *interpretación integrada* de las normas internas sobre terrorismo y aquellas que lo tratan como crimen internacional, en la que nos detendremos en el apartado 4 de este escrito.

Por último, una nueva interpretación sistemática del art. 23.4 LOPJ abona la consideración del **terrorismo como crimen internacional** y, por tanto, presidido por todos los principios de extraterritorialidad que de ello se derivan.

En el principio de justicia universal, tal como lo recoge el art. 23.4 de la LOPJ *no rige la exigencia de doble incriminación* que se mantiene, en cambio, para el principio personal en el num.2 del mismo art. 23 LOPJ. Con la doble incriminación se exige que los hechos cuya competencia reclama la jurisdicción española sean también delictivos en el lugar de comisión de los mismos (art. 23.2,a LOPJ); ello se entiende porque el principio personal es un complemento del principio básico de territorialidad, destinado a evitar impunidad que la territorialidad estricta podría provocar. Esta es la razón por la que el principio personal no puede aplicarse (como caso de extraterritorialidad) a casos no previstos como delito en el territorio de comisión, puesto que ello supondría una intromisión en la soberanía extranjera *que el principio personal no permite porque no se dirige a proteger bienes jurídicos internacionales*.

Pues bien, lo importante aquí no es si los asesinatos etc. eran o no punibles en Chile y Argentina cuando se cometieron, puesto que evidentemente, lo eran. Lo importante es que, al incluirse el terrorismo en el principio de justicia universal del art. 23.4 LOPJ, no se le extiende el requisito de la doble incriminación, *precisamente porque el principio de justicia universal opera respecto de bienes jurídicos internacionales* y, por esa misma razón, admite la intervención supranacional incluso aunque los hechos no sean delictivos en el lugar de comisión. En suma, es la propia LOPJ la que configura el terrorismo como crimen internacional a los efectos de establecimiento de la competencia extraterritorial española.

En conclusión, cabe afirmar sin lugar a dudas que la ley española incluye el terrorismo, a efectos de competencia jurisdiccional, entre los delitos acreedores de responsabilidad internacional y con ello se atraen todos los principios propios de esta materia que se destinan a evitar la impunidad de dichos crímenes, incluso aunque dicha impunidad pudiera ampararse en normas de derecho interno: por eso los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles, el terrorismo no es delito político a efectos de la extradición,

se excluye del asilo y se sitúa en ese plano supranacional que explica la vigencia del principio de justicia universal.

A modo de colofón del presente apartado no puede dejar de citarse el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en New York el 19 de diciembre de 1966, en el que se resume el predominio de los principios internacionales sobre el derecho interno cuando se trata de la responsabilidad internacional. En efecto, tras recogerse las principales consecuencias del principio de legalidad penal para los derechos internos y, concretamente, la irretroactividad de las leyes penales, se establece que:

“Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Con ello se establece un principio de legalidad internacional en virtud del cual, aunque los hechos no sean delictivos en el lugar de comisión, son perseguibles internacionalmente si en el momento de su comisión constituyen delitos contra los principios reconocidos por la comunidad internacional. Podría decirse, desde luego, que dichos principios resultan inconcretos, pero no lo son tanto cuando se trata de delitos respecto de los cuales existen tratados que acuerdan su persecución supranacional o cuando, —como en el caso de la LOPJ española— se incluyen expresamente en el principio de justicia universal. Y sobre todo, no pueden albergarse dudas sobre la afectación al orden internacional de aquellos comportamientos que pueden incluirse en el concepto de crimen contra la humanidad.

En resumen, los crímenes que la comunidad internacional está interesada en perseguir *como tal* (y no cabe duda de que entre ellos está el terrorismo y los crímenes contra la humanidad), están sometidos al principio de legalidad en su dimensión supranacional, esto es: basta con que sean considerados hechos delictivos para las normas internacionales en el momento de su comisión, aunque no lo sean en el país donde se cometen. Con ello se relativizan abiertamente las consideraciones sobre la supuesta irretroactividad de la LOPJ a estos efectos.

#### d) Conclusión

La inclusión del terrorismo en el principio de justicia universal del art. 23.4 LOPJ supone que el Estado español trata al terrorismo, desde el punto de vista de la competencia jurisdiccional: 1) como delito contra bienes jurídicos internacionales y 2) admitiendo el predominio de las normas internacionales sobre el derecho interno de otros países.

Por estas razones no pueden compartirse las dudas de la “Nota sobre la jurisdicción de los Tribunales españoles” del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional cuando se pregunta, por ejemplo, si “¿puede un Juez de París entender de un delito de prostitución de menores en Sao Paulo (Brasil) porque una asociación internacional haya entendido a dicho juez competente frente a otros?”.

No es necesario que la hipotética asociación considere al hipotético juez competente “frente a otros”, porque ello supone una concepción territorial y excluyente de la com-

petencia, ajena al principio de justicia universal: basta con que le considere "competente" y para serlo, basta con que la legislación francesa reconozca la protección universal frente a los delitos relativos a la prostitución. A partir de ahí, quedará establecida la competencia jurisdiccional que, para poder ejercerse si los imputados no se encuentran en el territorio del país competente, necesitará de otros mecanismos legales, policiales e incluso, políticos o diplomáticos, dirigidos a colocarlos realmente bajo dicha jurisdicción. Pero, en primer lugar, si los hechos se persiguen en Brasil, no será necesario que se ponga en funcionamiento el mecanismo internacional y, sobre todo, la hipotética dificultad de hacer efectiva la competencia internacional no puede llevar a vaciar de contenido el principio de justicia universal.

Exigir que el país que reclama competencia tenga alguna "otra vinculación" con los hechos además de la derivada del principio de justicia universal es, sencillamente, negar dicho principio. La vinculación del país reclamante con los hechos sometidos al principio de justicia universal es, simplemente, la pertenencia a una comunidad internacional que *está interesada en perseguirlos*, especialmente si el país donde se han cometido renuncia a hacerlo.

#### 4. Aproximación al concepto de terrorismo y el llamado "Terrorismo de Estado"

Tras conectar el terrorismo con los intereses de la comunidad internacional en el apartado anterior y antes de entrar en la ley española, conviene solventar algunas cuestiones, todavía en el plano de los conceptos internacionales y, concretamente, en el de lo que ha sido dado en llamar "terrorismo de Estado". Pero para ello debemos intentar una aproximación a aquellos elementos que internacionalmente se consideran integrantes del concepto de terrorismo.

Al hacerlo, se comprueba que las razones de las tradicionales dificultades para definirlo proporcionan fundamento a su principal característica: el terrorismo tiene un inevitable componente político que es lo que dificulta extraordinariamente su precisa definición jurídica.

No existen excesivas dudas acerca de que la finalidad política es lo que califica a hechos contra las personas y los bienes como delitos de terrorismo. Por tanto, en principio, se trata de la utilización de la violencia como instrumento de intervención política, mediante la generación del terror y la inseguridad. En tanto que actuación de componente político, atenta contra el orden institucional establecido, especialmente si -supuesto más frecuente-, se trata de organizaciones de mayor o menor permanencia.

Pese a todo, la referencia al *orden institucional* debe entenderse hecha en términos muy genéricos, pues nada impide considerar como terroristas actuaciones que no pretenden cambiar un sistema político por otro distinto, sino, por ejemplo, obtener determinadas reivindicaciones. Sin ir más lejos, el actualmente vigente Código Penal español considera el terrorismo como un delito "contra el orden público" y admite la mera finalidad de atentar gravemente contra la paz pública, colocándolo junto a delitos como la desobediencia a la autoridad que pueden entenderse contrarios al orden institucional, pero sin perseguir su "subversión".

Ahora bien, delimitándose una definición de terrorismo como delito contra un genérico orden institucional, cabe plantearse si es atribuible a individuos que operan "desde" las instituciones. Se trata, por tanto, de una cuestión previa a la calificación de los comportamientos, al afectar a sus sujetos y su origen institucional que, de superarse, deja expedita la vía a la consideración objetiva de los hechos.

La cuestión a que estamos haciendo referencia incide, como se ha dicho, en lo que ha sido denominado como "terrorismo de Estado". Esta es una figura controvertida en la medida en que puede albergar una insalvable *contradictio in terminis*: si el terrorismo es un comportamiento contra el orden estatal establecido, no puede llevarse a cabo desde ese mismo orden estatal.

Planteadas en estos términos, la cuestión puede conducir a un debate nominalista estéril. Por un lado, lo que aquí nos interesa no es si a los hechos analizados puede o no adjudicárseles la denominación "terrorismo de Estado", sino si pueden ser cometidos por sujetos integrados en los aparatos estatales y amparados por éstos. Pero sobre todo, la adjudicación de la etiqueta "terrorismo de Estado" depende, en definitiva, del contenido que se atribuya previamente a este concepto, lo que podría llevarnos a un círculo vicioso de difícil solución.

Para evitar caer en dicho círculo vicioso —o intentar salir de él—, acudiremos al concepto de terrorismo de Estado que se maneja habitualmente para *negar* su subsunción en las definiciones legales de terrorismo y a continuación, analizaremos su virtualidad a los efectos que aquí interesan.

Al respecto, se mantiene que el concepto de terrorismo de Estado es insostenible porque resulta inconcebible que quien ostenta el poder en un Estado democrático de derecho pueda utilizar la violencia de manera indiscriminada contra sectores determinados de población (Mestre Delgado), o bien, que debe descartarse el terrorismo de Estado porque cuando éste utiliza la violencia se halla en el uso legítimo de la fuerza (Lamarca).

Obsérvese que el "terrorismo de Estado" se niega como concepto utilizable para calificar la utilización *legítima* de la fuerza o la violencia por parte de las instituciones. Con ese contenido, se trata, efectivamente, de una definición política destinada a criticar la actuación violenta del Estado que no tendría acomodo en las definiciones legales, precisamente porque va referida a la actuación legítima del Estado.

Si éste es el concepto de terrorismo de Estado que manejamos, no cabe sino estar de acuerdo: la fuerza no puede utilizarse a la vez, legítima e ilegítimamente. Sin embargo, lo estéril de la discusión nominalista a que nos hemos referido se pone de manifiesto porque esta conclusión sobre el terrorismo de Estado sigue sin solucionar la cuestión de fondo que *realmente* aquí nos afecta: los funcionarios estatales, actuando como tales y con la cobertura institucional de los órganos a que pertenecen, ¿pueden actuar contra el orden legalmente establecido, utilizando la *violencia de forma ilegítima*, por ejemplo, para eliminar la disidencia política?. Y, partiendo de una primera aproximación al terrorismo como utilización de la violencia con fines políticos, ¿cabe atribuirles la comisión de actos terroristas?

En nuestra opinión, la respuesta debe ser afirmativa. Las dictaduras se caracterizan precisamente por la inoperancia

del principio de legalidad, de modo que resulta perfectamente imaginable la actuación de los órganos estatales *como tales, al margen de la legalidad*, pese a que ésta exista formalmente. Cabe la subversión del orden establecido desde los propios aparatos estatales y su utilización torcida para eliminar la disidencia política al margen del ordenamiento legal.

Difícilmente el ordenamiento positivo de un régimen dictatorial incluirá la autorización expresa del asesinato (al margen de la legalidad de la pena de muerte), la tortura o la desaparición física de ciudadanos. La realización incontestada de tales hechos, junto a la también incontestada finalidad de exterminio de disidentes y “subversivos” se llevó a cabo en Chile y Argentina *por parte de quienes actuaban como funcionarios del Estado*, pero con total apartamiento de las leyes vigentes. Ni más ni menos que lo que históricamente ha sido propio de algunos regímenes dictatoriales que *precisamente por ello*, junto a otros motivos, han recibido tal denominación. Negar tal posibilidad es tanto como negar la existencia de dictaduras.

En todo caso debe tenerse en cuenta que, históricamente, el concepto de terrorismo aparece asociado al Estado (Robespierre y Saint Just impusieron, entre 1791 y 1794 el “Estado del Terror”), esto es, como terror institucional. Posteriormente, el Estado, en ejercicio de su poder de definición asoció el terrorismo a la subversión con tanto éxito que hoy se tiende a asociar mecánicamente el terrorismo sólo a esta dimensión, que no es la única posible. Lo que caracteriza el terrorismo de Estado es el ejercicio de la violencia por parte del gobierno utilizando el aparato estatal con la finalidad política de mantenerse en el poder. A la persona, en el régimen del terror, se le desconocen sus derechos: simplemente es manipulada bien para neutralizarla, bien para amedrentar al resto de la población.

En el siguiente apartado (4) completaremos estas consideraciones analizando la calificación objetiva como terrorismo con arreglo a la ley española, pero lo que aquí se pone de manifiesto es la posibilidad de atribuir tal calificación a quienes actúan “como” Estado y a su amparo. Si, además, se puede o no denominarlo “terrorismo de Estado”, no es lo más importante.

## 5. La referencia de la LOPJ al terrorismo y el concepto de terrorismo en la Ley Penal Española

Si de lo que se trata es de establecer la aplicabilidad del art. 23.4 LOPJ a los hechos que nos ocupan, debe recordarse que dicho precepto atribuye competencia extraterritorial a la jurisdicción española sobre los hechos susceptibles de ser calificados “*según la ley penal española*” como “terrorismo” (aunque en un deplorable ejercicio de confusión conceptual, se diga “susceptibles de tipificarse”, aludiendo a una función –la tipificación–, privativa del legislador).

A continuación analizaremos: a) el sentido de la referencia al concepto de terrorismo en la LOPJ y b) cuál es el concepto de terrorismo mantenido en la ley española.

### a) La LOPJ y su referencia al “terrorismo... según la ley penal española”

Lo primero que debe recordarse y que condiciona la interpretación posterior es que la referencia de la LOPJ al

terrorismo se produce *en tanto en cuanto lo considera crimen internacional* o atentatorio contra bienes jurídicos internacionales (supra,2). Admitido esto, la referencia a su definición “según la ley penal española”, no puede ya vincularse a la exclusiva protección de bienes jurídicos del Estado español.

Se preguntará entonces cuál es el sentido de la remisión a la ley penal española para la definición de terrorismo a los efectos de la LOPJ y una de las respuestas posibles se encuentra en que en virtud del art. 23.4 LOPJ, el Estado español también puede juzgar en España a terroristas que hayan atentado en el extranjero contra intereses del Estado español, porque el principio de justicia universal le autoriza a ello.

Pero la principal razón se desprende del mismo sentido del principio de justicia universal: España puede perseguir el terrorismo, aunque los hechos no sean calificables como tal en el lugar de comisión y, precisamente por ello, no se exige aquí la doble incriminación. En este sentido, la referencia a la “ley penal española” tiene el significado de que *basta* con que sea calificable como terrorismo en España y no es necesario que dicha calificación se efectúe con las leyes del país en que se hayan cometido los hechos. En suma, se establece que la competencia extraterritorial española se ejerce aplicando la ley española, pero ello *no significa que opera sólo para proteger intereses españoles porque resultaría incomprensible el principio de justicia universal*.

En suma, la persecución extraterritorial del terrorismo puede producirse en dos grupos de casos, aparentemente distintos pero unidos por el denominador común del compromiso internacional en evitar la impunidad:

1º: El terrorismo contra el orden institucional español, en el que España puede ejercer su jurisdicción más allá de sus fronteras. Sin embargo, ello no sería posible si sólo existiera un mero interés de autoprotección; si la LOPJ puede recoger estos supuestos es porque existen declaraciones y tratados internacionales que recogen la cooperación supranacional frente al terrorismo y por tanto, admiten la existencia de un bien jurídico internacional.

2º: El terrorismo contra el orden institucional internacional, afectado también cuando desde otros Estados se utiliza la violencia institucional contra los derechos humanos como forma ilegal de intervención sobre la sociedad. Aquí, el bien jurídico protegido internacionalmente aparece en primer plano.

Por tanto, la mención al terrorismo no puede limitarse a lo que constituye terrorismo “subversivo” sino que incluye también el cometido “desde el Estado” (que puede denominarse terrorismo de Estado). Limitarlo al terrorismo subversivo, no sólo ignora su origen histórico, sino también su contenido material. *Este contenido material viene dado por la dimensión política del término cuando aparece asociado a la violación de derechos fundamentales reconocidos incluso por la legislación interna del Estado infractor y a la violación de derechos humanos a cuyo respeto están obligados los Estados infractores por Convenios internacionales*.

En definitiva el terrorismo subversivo y el terrorismo de Estado, que tienen elementos comunes pese a no ser idénticos. El art. 23.4 LOPJ se refiere a ambas clases de terrorismo e incluso puede decirse que su función principal recae sobre el terrorismo institucional, en la medida en que para

el terrorismo subversivo la legislación interna ya cuenta con mecanismos de protección y, en el plano internacional sólo necesita de la extradición. **En cambio, sin la persecución internacional del terrorismo internacional, la laguna sería evidente: estos actos serían totalmente impunes y por ello, la apelación a la justicia universal es necesaria para evitar la impunidad.**

Ahora bien, la remisión a la ley penal española sigue haciendo necesario preguntarse por la definición de terrorismo en nuestras leyes. Y lo primero que debe observarse es que cuando se promulga la LOPJ en 1985 *no existe una definición legal de terrorismo* de la suficiente concreción. En efecto, esta indefinición, por paradójico que resulte, es una característica constante de la legislación antiterrorista española.

En 1985, al promulgarse la LOPJ, se encontraba vigente la LO 9/1984 de 26 de diciembre por la que se habían derogado los artículos del CP que hacían referencia al terrorismo (arts. 174 bis a) a c), 216 bis a) y 216 bis b) CP), para acudir a la técnica de la legislación especial. Dicha ley de 1984 se titulaba “contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución”, pero la técnica utilizada para definir su ámbito de aplicación es prácticamente tautológica y puede resumirse simplificando como sigue: son delitos de terrorismo determinados hechos cometidos por bandas armadas y organizaciones terroristas.

Es cierto que, como dice Lamarca, puede deducirse de dicha ley un concepto de terrorismo compuesto por los elementos de: a) integración en una organización terrorista rebelde o banda armada; b) comisión de determinados hechos delictivos enumerados en los apartados “a” al “h” del art. 1,2; sin embargo, ello no elimina la tautología de la referencia a la organización “terrorista” como sujeto activo. Por otra parte, los preceptos del CP que la Ley de 1984 venía a derogar seguían similar técnica de definición por la que se acota la delincuencia terrorista en función del carácter terrorista o armado de su sujeto activo.

Esta es una constante iniciada por la Ley 82/1978 que derogó los viejos arts. 260 a 263 del anterior CP y relativamente alterada por el CP de 1995 cuyos arts. 571 y 571 definen a los grupos terroristas como aquellos que actúan con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Si traemos a colación las inconcretas definiciones de terrorismo vigentes cuando se promulga la LOPJ, pero también en momentos anteriores es para plantear la *voluntas legis* de esta ley de 1985. En nuestra opinión, dicha voluntad legislativa no puede entenderse referida –ni ahora ni entonces– a un concepto legal claro de terrorismo recogido en un específico tipo penal, puesto que los existentes *siguen dejando abierta la definición de terrorismo* al recoger delitos “comunes” cometidos por organizaciones terroristas. En otras palabras, si “según la ley penal española”, terrorismo es lo que cometen organizaciones terroristas, el concepto de terrorismo no tiene suficiente y expresa definición legal sino que *deberá deducirse del sentido de las disposiciones vigentes antes de la promulgación de la LOPJ, pero también en el momento de su entrada en vigor.*

## b) El concepto de terrorismo en la ley penal española

Con ello llegamos al núcleo de la cuestión, en lo que ha sido calificado como “concepto plurisignificante” de terrorismo (Mestre Delgado). El sentido de dicha expresión se apoya en la tradicional indefinición del concepto de terrorismo y, por tanto, en su inevitable referencia política, así como en la combinación integrada de varios elementos.

No resulta necesario recoger aquí toda la abundante y frecuentemente confusa legislación española antiterrorista, sino sólo de establecer sus rasgos comunes en la búsqueda de ese concepto de terrorismo que, como se ha dicho, el legislador ha renunciado a establecer de manera absolutamente precisa. Pero, en todo caso, resulta obligado partir de la normativa existente en España en el momento de comisión de los hechos.

Al inicio de los hechos (y hasta 1978), se encontraban vigentes los arts. 260 y ss. del viejo Código Penal de 1944, agrupados en una sección con la rúbrica “De los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos”, incluida a su vez entre los “Delitos contra la seguridad interior del Estado”. Lo que caracteriza en parte a dicha regulación es su vinculación con el concepto de estragos, con la utilización de medios explosivos y con la finalidad política o elemento subjetivo dirigido a atentar contra la seguridad del Estado. Tal es la dicción del art. 260 CP entonces vigente, pero no puede ignorarse que el art. 261 extendía las penas a quienes “con el propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o de realizar venganzas o represalias de carácter social o político utilizare...*armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas...*”.

Como puede verse, tal definición ni excluía la comisión por funcionarios amparados en la organización estatal ni exigía en todo caso la utilización de explosivos. Pero tampoco lo exigía el Decreto Ley de 26 de agosto de 1975 definidor del terrorismo como “utilización de la violencia como instrumento de acción política”.

Igualmente debe recordarse que en esa época la mayor parte de los delitos de terrorismo estaban recogidos en el Código de Justicia Militar y sometidos a la jurisdicción castrense, siendo la nota básica de atribución de competencia la realización de los comportamientos típicos “en grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia”, y uno de los bienes jurídicos protegidos, “el orden institucional”.

Sin entrar en toda la legislación posterior, conviene recordar que los arts. 260 a 263 del CP son derogados por la Ley 82/1978, en la que se inicia lo que será una constante en el tratamiento jurídico del terrorismo: lo que se persigue como tal son delitos de asesinato, lesiones, detenciones ilegales, amenazas etc. cometidos con intencionalidad política y relacionados con organizaciones armadas o terroristas. La mayor precisión del concepto de grupo terrorista no aparece, como se ha dicho, hasta el CP de 1995 y su todavía inconcreta referencia a la subversión del orden constitucional o la alteración de la paz pública.

Estas son pues las notas básicas del concepto de terrorismo “según la ley penal española” a que se refiere el art. 23.4 de la LOPJ y que no pueden deducirse únicamente de

lo contenido en los arts 260 a 263 CP vigentes hasta 1978, aunque incluso en ese momento la delincuencia terrorista estaba configurada por el atentado a bienes jurídicos personales presidido por la finalidad política de atentado al orden institucional. En suma, la legislación penal de la época es tan inconcreta y dispersa y el concepto de "terrorismo" del art. 23.4 LOPJ es lo suficientemente abierto, como para que deban deducirse sus notas de todos los preceptos en presencia y también de los vigentes al promulgarse la LOPJ.

Sistematizando dichas notas, pueden resumirse como sigue:

1ª Comisión de hechos definidos como delito en otros lugares del Código Penal, fundamentalmente como delitos contra la vida, integridad física, la libertad o el patrimonio.

2ª Realizados en el marco de una organización armada (en lo que se incluye la utilización de explosivos). Sin embargo, el elemento organizativo no se exigía en los arts. 260 a 263 del CP anterior a 1978, sino en el Código de Justicia militar de esa misma época.

3ª Presididos por una finalidad política reconducible al atentado contra el orden institucional y, más específicamente, a la utilización del terror y la violencia sobre la población como instrumento de actuación política.

### c) Sobre la aplicabilidad de este concepto a los hechos cometidos en Chile y Argentina

No existen especiales problemas para el cumplimiento del primero de los requisitos, reconocido en todas las alegaciones: la comisión de delitos de tortura, asesinato, detención ilegal etc.

Tampoco los plantea el marco organizativo ofrecido por la propia estructura militar y la existencia de un plan específico destinado a la eliminación física de los disidentes políticos. La máxima demostración de que se actuó a las órdenes de superiores jerárquicos y por ello, de forma organizada, se encuentra en la misma utilización del concepto de "obediencia debida" para justificar la actuación de los subordinados, así como en las declaraciones de mandos militares.

En cuanto a la última característica (atentado al orden institucional y utilización de la violencia como instrumento de actuación política) conviene detenerse algo más, recapitulando lo establecido en apartados anteriores.

En primer lugar, como se ha dicho, la pretensión de vulnerar el orden institucional no excluye la comisión de actos terroristas, con tales características, por parte de funcionarios del Estado que incluso actúan como tales. Como afirma la Unión Progresista de Fiscales en su escrito de 28 de abril de 1996, "no sería fácil argumentar en favor de la competencia de los Tribunales españoles...si las autoridades argentinas hubieran conocido conforme a su legislación y conforme a sus normas de procedimiento". Pero, como quedó establecido en el apartado 3 de este escrito, el apartamiento del orden legal establecido es, precisamente, lo que caracteriza la actuación de las dictaduras y es lo que tuvo lugar los casos argentino y chileno.

Desde este punto de vista, cuando los actos calificables como terrorismo con arreglo a las notas citadas se cometen

por funcionarios que actúan como tales constituyen *el mayor grado posible de perversión del orden institucional, precisamente porque se cometen desde las instituciones.*

No caeremos en la ingenuidad de mantener que las normas internacionales pretenden perseguir la *existencia* de dictaduras ni cada una de las concretas desviaciones de la legalidad que se cometen a su amparo o como consecuencia de su propia esencia. En este plano, las apelaciones a la no injerencia y la misma realidad de las relaciones políticas internacionales podrían pretender zanjar la cuestión.

En cambio, no puede afirmarse que las normas internacionales sean indiferentes *ante cualquier actuación de los regímenes dictatoriales ni, mucho menos, ante aquellas que se encuadran en los crímenes contra la humanidad.* Lo que claramente pretenden perseguir las normas internacionales es la utilización del aparato estatal poniéndolo al servicio de la violación sistemática y organizada de los derechos humanos, en una aberrante concepción del mismo como instrumento para-legal de eliminación de la disidencia política.

Ahí se encuentra la vinculación de los actos terroristas institucionales con el concepto de crimen contra la humanidad: el Estado a través de funcionarios a sus órdenes y al margen de su propio ordenamiento, actúa con la pretensión política de generar terror ciudadano. Actúa ilegalmente pretendiendo realizar el control social mediante el establecimiento de un "orden" al margen de sus propios instrumentos institucionales. Esto es, pervierte, mediante el terror, su propio orden institucional.

En este punto aparece el *bien jurídico protegido internacionalmente*: es el afectado por la desviación de los propios ordenes institucionales internos, desde los mismos aparatos estatales, en una actuación sistemática y generalizada de violación de los derechos humanos como forma ilegal (o para-legal) de control del orden político. Y es esa forma de actuación de los Estados la que la comunidad internacional está interesada en perseguir.

Con ello llegamos definitivamente al rechazo del argumento esgrimido por el Ministerio Fiscal acerca de que el orden institucional afectado debe ser el español, que no puede sostenerse por varios motivos, algunos de los cuales ya quedaron apuntados al analizar el terrorismo como crimen internacional (supra, 2).

En efecto, desde el momento en que el art. 23.4 LOPJ incluye el terrorismo entre los delitos afectados por el principio de justicia universal, se impone una *interpretación integradora* de los preceptos de derecho interno que definen –mejor o peor– el terrorismo, con el precepto que atribuye competencia *internacional* en la persecución de los mismos.

Así, la referencia del art. 23.4 LOPJ a la calificación como terrorismo "según la ley española" recae sobre los hechos cometidos objetivamente considerados y en cuanto a su finalidad política. El concepto de bien jurídico (la seguridad del Estado, el orden público o el orden institucional) es un criterio interpretativo que, en principio y a efectos internos, incluye el orden institucional español; pero *el bien jurídico sigue siendo un concepto interpretativo del art. 23.4 LOPJ cuando extiende la competencia española a la persecución internacional* y el sentido de dicha interpretación no

puede ser otro que el de entender que, a los efectos de la LOPJ, el terrorismo, calificado en sus elementos típicos "según la ley penal española", es también un delito contra el orden institucional de otros países cuando se ve atacado por hechos violentos contra las personas y los derechos humanos. Como delito objeto de persecución extraterritorial, *no puede contemplarse como atentatorio a intereses internos sino como contrario a bienes jurídicos internacionales*.

Obviamente, los ordenamientos internos de las dictaduras no se dirigen a autosancionar sus propias perversiones. Pero, en cambio, el ordenamiento internacional sanciona (en materia de terrorismo cometido "desde" el Estado), precisamente eso: el terror político como forma institucional de actuación sobre la colectividad social, que es lo que afecta a los principios de la comunidad supranacional.

## 6. La ley penal española aplicable

Con el presente apartado sólo se pretende recapitular algunas cuestiones que se desprenden de lo afirmado en relación al concepto de terrorismo. Nos referimos a la normativa concreta que debe tomarse en consideración, según el momento de comisión de los hechos analizados, para su calificación como terrorismo. El problema de deriva de la sucesión de leyes penales españolas en esta materia, así como de la prolongación en el tiempo de los mismos hechos a calificar.

Gran parte de los hechos tuvieron lugar antes de 1978 y, por tanto, bajo la vigencia de los arts. 260 a 263 del CP que fueron derogados en esa fecha, pero estando también vigente el Código de Justicia Militar, cuyo contenido ha quedado expuesto. De la contemplación de tales preceptos -pero también de los posteriores- hemos deducido las notas integrantes del concepto de terrorismo teniendo en cuenta, como se ha dicho, que el art. 23.4 LOPJ lo menciona como un concepto relativamente abierto que no tiene una definición concreta en la legislación penal española y que, por tanto, ni siquiera puede buscarse exclusivamente en la dicción literal de las normas entonces vigentes, sino que debe integrarse a partir de los conceptos de referencia política y de la propia consideración del terrorismo como crimen internacional.

Por ello, el encaje en la literalidad del CP anterior a 1978 es, hasta cierto punto, sólo un punto de partida a completar con todos los elementos que *para una ley de 1985, como es la LOPJ*, constituían el concepto de terrorismo, pero que ni siquiera en las leyes de los primeros años setenta estaba configurado en su totalidad.

Pero por otra parte, si una interpretación literal de los preceptos entonces vigentes pudiera llevar a negar la competencia española por aplicación del principio de irretroactividad de las leyes penales, debe recordarse de nuevo la configuración del terrorismo como crimen internacional y la previsión del art. 15.2 del Pacto de New York, incorporado al derecho interno español y de rango constitucional por la vía del art. 10 de la Constitución española; en su virtud, las normas sobre irretroactividad no pueden utilizarse para la impunidad de comportamientos acreedores de responsabilidad internacional. (supra, 2,d).

## 7. Principio de justicia universal y renuncia a la jurisdicción: las leyes de punto final y de obediencia debida

La última cuestión a considerar -siempre desde la perspectiva del principio de justicia universal- es la posible incidencia de las leyes de "punto final", "obediencia debida" o autoamnistías habidas tanto en Chile como en Argentina, en el mantenimiento de la competencia extraterritorial española.

Estas se concretaron como sigue:

La ley de "Punto final" argentina, Ley 23.492 de 24 de diciembre de 1986, establecía un plazo de 60 días para denunciar nuevamente los hechos delictivos, a partir del cual se produciría la *caducidad de la acción* respecto de los no denunciados.

La Ley de Obediencia Debida, Ley de 8 de junio de 1987, exoneraba de toda responsabilidad a los militares y miembros de las fuerzas de seguridad del Estado argentino que obraron obedeciendo órdenes. Posteriormente, los pocos responsables que habían resultado condenados, fueron individualmente indultados.

Los militares chilenos, antes de abandonar el poder de facto, promulgaron también una ley de amnistía.

La hipotética relevancia de estas decisiones se plantea en relación a la exigencia de la LOPJ española por la que el delincuente no debe haber "*...sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido condena*" (art. 23.5, en relación a los apartados 4 y 2.c) de la LOPJ).

En el análisis que sigue, conviene distinguir entre: a) aquellos responsables que fueron objeto de un procedimiento jurisdiccional y de un indulto y, b) aquellos a quienes sólo afectarían las normas citadas *en tanto que decisiones legislativas generales*.

a) Respecto a quienes fueron juzgados, condenados y posteriormente indultados, debe decirse, en primer lugar, que no lo fueron por los delitos que ahora se les imputan (terrorismo o genocidio), lo que bastaría para mantener la competencia extraterritorial española.

Con todo, es imaginable un argumento opuesto que conviene, a su vez, contraargumentar. En efecto, podría alegarse que la referencia de la LOPJ a una anterior condena, absolución o indulto, se formula en relación a los *hechos* objeto de procedimiento judicial anterior, con independencia de la calificación que hubieran recibido: aunque no se hubieran imputado delitos de terrorismo o genocidio, los hechos ya habrían sido objeto de una decisión jurisdiccional.

Sin embargo, con ello, nuevamente, se vaciaría de contenido al principio de justicia universal. Como hemos repetido en las páginas anteriores, lo que pretende el art. 23.4 LOPJ es ejercer extraterritorialmente la jurisdicción frente al terrorismo, no sólo cuando afecta a intereses españoles, sino también y especialmente, cuando afecta a bienes jurídicos internacionalmente reconocidos. Sin olvidar que cuando opera para proteger intereses del Estado español lo hace en tanto en cuanto éste es miembro de una comunidad internacional interesada en perseguir el terrorismo.

La justicia universal opera cuando dichos intereses internacionales no se ven protegidos en el país de comisión, cuando éste renuncia a su jurisdicción sobre los mismos. El



sentido del principio, como también se ha repetido, es evitar la impunidad de los delitos internacionales al amparo de normas internas y por eso, puede prevalecer sobre ellas.

La cautela establecida en la LOPJ pretende, efectivamente, evitar dos decisiones jurisdiccionales sobre un mismo hecho. Pero estos hechos no se integran sólo por sus componentes fácticos sino también por la afectación a bienes jurídicos internacionales. Y las decisiones jurisdiccionales ya formuladas, se basaron, en su caso, en la infracción de leyes internas que no reflejaban el desvalor de las *calificaciones en que se basa la imputación internacional*. Por estas razones, la calificación de los hechos ahora imputados no es irrelevante.

Si decimos que lo contrario vaciaría de contenido al principio de justicia universal es, nuevamente, porque pretende evitar la impunidad de crímenes internacionales al amparo de normas internas. Y para burlarlo, bastaría con aplicar el derecho interno con cualquier calificación de los hechos ajena al contenido internacional de la infracción, y, sencillamente, provocar su absolución o bien acudir al indulto.

b) En cuanto a quienes no han sido objeto de enjuiciamiento alguno, la conclusión es todavía más clara porque lo mantenido hasta aquí se refleja con mayor rotundidad.

El predominio del principio de justicia universal sobre los ordenamientos internos para evitar que éstos provoquen la impunidad de crímenes internacionales se concreta especialmente en las leyes de impunidad que ahora contemplamos:

Así, los organismos internacionales no les reconocen validez: el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CCPR/C/79/Add.46) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (OEA/Ser.L/V/II.82/Doc.28/92) se han pronunciado en este sentido respecto a Argentina. La ley chilena de autoamnistía ha recibido idéntico pronunciamiento en Marzo de 1997.

Asimismo, la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, de 23 de mayo de 1969, ratificada por España, Argentina y Chile dispone en su art. 27 dispone que las Partes contratantes “no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificante del incumplimiento de un Tratado”.

Obsérvese que aquí ya no estamos planteando el vigor de decisiones jurisdiccionales territoriales frente a otras competencias jurisdiccionales derivadas del ordenamiento internacional, sino la *colisión de decisiones legislativas con normas internacionales*. Y la conclusión no puede ser otra que la de prelación de las segundas.

Al respecto, si no se consideraran suficientes las declaraciones que se acaban de recoger, debe recordarse que es el propio art. 23.4 de la LOPJ el que establece dicho predominio: como se afirmó más arriba (apartado 2.d. de este escrito) el principio de justicia universal es operativo aunque los hechos no sean punibles en el lugar de comisión, porque no se exige lo que conocemos como *doble incriminación*. Por eso, aunque una decisión legislativa declare impunes los hechos de terrorismo o genocidio concretamente cometidos, la competencia extraterritorial se mantiene. En otras palabras, la doble incriminación como reconocimiento

de la soberanía legislativa de otros Estados, no es un límite al principio de justicia universal y, por tanto, decisiones legislativas como las que ahora contemplamos no necesitan ser tomadas en consideración a estos efectos.

Esta observación vale también para la ley de “obediencia debida”. Además de que el ordenamiento español no la reconoce frente a órdenes manifiestamente ilegales, se trata de una decisión legislativa que, pese a utilizar la técnica de la causa de justificación, tenía los mismos efectos que una *destipificación legal*: provocaba la imposibilidad de ejercer la jurisdicción frente a determinados comportamientos *legalmente* circunscritos personal, temporal y situacionalmente.

Con ello bastaría para zanjar la cuestión, pero resta una última consideración que se encadena con las anteriores y que también tiene su fundamento en la propia LOPJ.

En efecto, las leyes de amnistía son, obviamente, decisiones legislativas que nada tienen que ver con los indultos. Cuando se concede un indulto, se ha ejercido la jurisdicción y, posteriormente, se condona la pena impuesta en ejercicio del derecho de gracia por parte del Poder Ejecutivo.

Las leyes de amnistía *contienen una renuncia a ejercer la jurisdicción*, formulada por el poder legislativo. Por tanto, es ontológicamente imposible considerarlas como indultos generales, dejando de lado el detalle de que, incluso como tales, no serían reconocidos por el derecho español ya que nuestra Constitución los prohíbe.

Pero además, el principio de justicia universal en el art. 23.4 LOPJ opera especialmente frente a los casos de renuncia a la jurisdicción por parte de los países donde se han cometido los hechos. Ello se deduce claramente a sensu contrario de la exigencia de que el reo no haya sido “absuelto, condenado o indultado” anteriormente; es decir, la competencia extraterritorial española *sólo se retira cuando la jurisdicción ya ha sido ejercida anteriormente*.

En conclusión, las leyes de amnistía no sólo no son un obstáculo a la competencia extraterritorial española, sino que, *en tanto contienen renunciaciones a la jurisdicción proporcionan el genuino supuesto de hecho* para que dicha competencia adquiera vigor y pueda ser ejercida. Y para negarlo, no puede acudirse a supuestas diferencias terminológicas entre los distintos países o al encubrimiento de indultos bajo la forma de una ley de amnistía: los Tribunales españoles son competentes cuando los hechos no se han juzgado y eso es precisamente, lo que ocurrió en Chile y Argentina, acudiéndose a decisiones legislativas cuya irrelevancia se deduce claramente de la LOPJ española.

## CONCLUSIÓN

Los firmantes de éste dictamen concluimos en que el Estado español, a través de la Audiencia Nacional, no sólo está autorizado sino que tiene la obligación —derivada del derecho internacional y del derecho español— de investigar, perseguir y condenar, en su caso, los delitos y crímenes contra la humanidad - genocidio, terrorismo y tortura, practicados por los regímenes militares de Chile y Argentina. debe rechazarse, por tanto, la posición beligerante contraria, sostenida por la fiscalía de la Audiencia Nacional.



(Gentileza de "Amnistía Internacional")