

LA ACTUACIÓN DE LA AUDIENCIA NACIONAL ESPAÑOLA RESPECTO DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD COMETIDOS EN ARGENTINA Y EN CHILE: UN PASO ADELANTE DESANDANDO LA IMPUNIDAD

Montserrat Abad Castelos

“Se ha dicho que hurgar en estos acontecimientos del pasado es abrir nuevamente las heridas. Nosotros nos preguntamos, por quién y cuándo se cerraron esas heridas. Ellas están abiertas y la única manera de cerrarlas será logrando una verdadera reconciliación nacional que se asiente sobre la verdad y la justicia respecto de lo sucedido. La reconciliación tiene esas mínimas y básicas condiciones”.

Luis Pérez Aguirre, “El Uruguay impune y la memoria social”, *Tribunal Permanente de los Pueblos*, Sesión Uruguay, abril 1990, Montevideo, p. 31.

I. LA IMPUNIDAD AMPARADA POR EL ESTADO Y LA NECESIDAD DE UNA REACCIÓN DESDE LA EXTRATERRITORIALIDAD

A los crímenes contra la humanidad cometidos durante las Dictaduras militares argentina (1976-1983) y chilena (1973-1990), todavía les sucedió en Democracia un nuevo incumplimiento de una obligación de Derecho internacional, que actúa perpetuando el dolor y la impotencia que afligen especialmente a los pueblos de aquellos Estados. La impunidad es, en sí misma, una violación de un derecho humano fundamental y tiene, por tanto, el efecto de acumular a los torturantes crímenes cometidos una contravención posterior. Hace muy pocos años comenzaba a tomar fuerza una interpretación así de las normas jurídicas internacionales entonces existentes¹. Hoy, ni tan siquiera una década después, aquella idea parece haber ganado adeptos en la doctrina y

¹ Ni el fenómeno de las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales ni el de su impunidad es privativo de los dos Estados americanos a los que aquí nos referimos. Se trata de un mal que aqueja en general a América Latina y que en esa perspectiva ha sido estudiado. Para un examen de esta realidad y de sus causas fundamentales, distinguiendo en el plano estatal interno entre una *impunidad de hecho* (profundamente arraigada por la actuación de varios factores: militarización de amplios sectores de la sociedad civil y proliferación de grupos paramilitares y escuadrones de la muerte; inaplicación del recurso de habeas corpus; marco global de intimidación y amenazas dirigidas contra jueces, abogados, etc.) y otra *impunidad de derecho* (motivada fundamentalmente por la actuación de los Tribunales militares y por la existencia misma y la intervención de un haz excesivo de instituciones públicas con competencias en materia de derechos humanos, que vienen, a menudo, a entorpecer, en vez de facilitar, cualquier investigación de presuntas violaciones; y permitida, asimismo, por las Leyes de amnistía, habituales en estos casos), cfr. V. ABELLÁN HONRUBIA, “Impunidad de violaciones de los derechos humanos fundamentales en América Latina: Aspectos jurídicos internacionales”, *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Jornadas Iberoamericanas de la Asociación Española de Profesores de Derecho

proliferado en la escena internacional gracias, sobre todo, a la acción incesante de las ONG, de familiares de las víctimas *desaparecidas* o muertas y de los supervivientes de aquella barbarie². Y, en fin, también puede decirse que el Derecho al respecto ha avanzado, mientras tanto, un poco más. Son de destacar, en este último sentido, los desarrollos efectuados en dos ámbitos muy próximos: por una parte, la adopción de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992, aprobada sin votación en virtud de la Resolución 47/133 de la Asamblea General de las Naciones Unidas³ y la Convención interamericana sobre Desapariciones

Internacional y Relaciones Internacionales, 1992 (Edición preparada por A. Mangas Martín), Salamanca, 1993, pp. 191-204; pp. 191-196. Pero además, como implícitamente adelantábamos, quizá la principal virtud de este meritorio trabajo sea el de su valentía para efectuar un complejo diagnóstico jurídico. *Vid.* las pp. 197 y ss., en donde la autora se fija en la naturaleza de los derechos humanos violados, con inclusión de la denegación de justicia (conforman el *núcleo duro* inderogable, en tiempo de paz y de conflicto armado), en el carácter de las violaciones (los adjetivos aplicables son los de graves, masivas o sistemáticas) y concluye calificando aquellas violaciones como un crimen internacional, en el sentido contemplado en el art. 19.2.c. del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. A continuación (pp. 199 y ss.), basándose en parte en los datos antedichos y en la indudable obligación del Estado de castigar los crímenes de lesa humanidad (que la autora asienta, a su vez, sobre la inexistencia de un tribunal penal internacional, la obligada cooperación entre los Estados, la imprescriptibilidad de estos crímenes, etc.) y en la presencia de la obligación del Estado territorial de administrar justicia (el reverso de la moneda es el derecho humano fundamental a recibirla, que forma parte de una serie de garantías judiciales básicas internacionalmente reconocidas), concluye con la calificación de la impunidad como violación de una obligación jurídica internacional a cargo del Estado. Consideración que ahora mismo es menos comprometida de efectuar, en todos los sentidos, a la vista de ulteriores Informes realizados en el seno de organizaciones como las Naciones Unidas, de la interpretación efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del movimiento internacional imparabable que se ha concertado en defensa de que aquella calificación pueda contribuir a iniciar un viaje de vuelta desde la impunidad.

² En la doctrina, pueden verse los comentarios de J. FERRER LLORET, "Impunity in Cases of Serious Human Rights Violations: Argentina and Chile", *Spanish Yearbook of International Law*, Volume III, 1993-1994, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, pp.3-40 (publicado tras la entrega del original de nuestro trabajo a la imprenta); J.A. GONZÁLEZ VEGA, "La Audiencia Nacional contra la impunidad: los 'desaparecidos' españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos", *R.E.D.I.*, Vol. XLIX, 1997, 1, pp. 285-290; R.J. WILSON, "Spanish criminal prosecutions use International Human Rights Law to battle impunity in Chile and Argentina", KO'AGA ROÑE'ETA, Serie III (1996), <http://www.derechos.org/koaga/iii/5/wilson.html>; y, asimismo, de J. GARCÉS, "Crimen de Estado y Humanidad", *Le Monde Diplomatique*, 26-9-97.

En la misma dirección, la impunidad fue el tema a debate y una de las principales inquietudes que apesadumbraban a los participantes en dos Seminarios Internacionales celebrados recientemente. El primer Encuentro, que tuvo lugar en Buenos Aires, en noviembre de 1996, alcanzó, entre otras, las Conclusiones siguientes: derogación y nulidad de Leyes de Obediencia debida, Punto final y de los Decretos de indulto; ejercicio de la jurisdicción del Estado respecto del esclarecimiento de la verdad; apoyo en cualquier Estado a todas las iniciativas judiciales posibles de investigación; ratificación de la imprescriptibilidad y de la imposibilidad de amnistiar los crímenes de lesa humanidad); *Las consecuencias de la impunidad*, Buenos Aires, 11 y 12 de noviembre de 1996 (<http://www.derechos.org/koaga/conf/iii/conclu.html>). El segundo Encuentro tuvo lugar en Santiago de Chile, en el mismo año. Concluyó con una Declaración Final en la cual los participantes propusieron la adopción de múltiples medidas en los planos político-institucional y jurídico. Destacan, en este último sentido, la exhortación hecha para la adopción de una Convención contra la Impunidad y promover la anulación de las leyes de Amnistía; cfr. *Conclusiones: Seminario Internacional "Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos"*, 1996, KO'AGA ROÑE'ETA sc.iii.v.iii(1996) (<http://www.derechos.org/koaga/iii/3/conclusion.html>). Debe advertirse, en cualquier caso, por si el lenguaje imperativo empleado en los textos citados provocara su olvido, que, más que de conclusiones, se trata de propuestas a Gobiernos efectuadas por particulares.

Es recomendable también, a estos efectos, la lectura de uno de los últimos informes específicos de Amnistía Internacional. En aquél que lleva por título *La responsabilidad de la Comunidad internacional ante los crímenes contra la humanidad. Los juicios en España por los crímenes contra la humanidad de los regímenes militares en Argentina y Chile*, se repasan los últimos acontecimientos acaecidos en Argentina y Chile y, bajo el epígrafe "la impunidad como política de Estado", se da cuenta de la legislación promulgada en ambos Estados para asegurar la falta de castigo de los autores de aquellos delitos. Además, se efectúa una recopilación de todos los elementos jurídicos necesarios para concluir proclamando la existencia de una obligación internacional de impartir justicia; cfr. Amnistía Internacional, Índice: AMR O3/01/98.

³ La Declaración fue aprobada, sin votación, el 18 de diciembre de 1992; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Resoluciones y Decisiones*, cuadragésimo séptimo período de sesiones, pp. 369-373.

Forzadas de Personas, adoptada en 1994⁴; por otra parte, la continuación ininterrumpida de los trabajos relacionados, directa o indirectamente, con la impunidad en el marco, entre otros, de las Naciones Unidas⁵.

Lo cierto es que, en virtud de las denuncias presentadas en nuestro Estado por la Unión Progresista de Fiscales contra los integrantes de la Junta Militar argentina que arrebató el poder democrático (de marzo de 1996) y contra quienes constituyeron la Junta Militar chilena (de julio del mismo año), los Juzgados Centrales de Instrucción núms. 5 (B. GARZÓN) y 6 (M. GARCÍA CASTELLÓN) de la Audiencia Nacional española se encuentran conociendo actualmente de los hechos denunciados⁶. Los delitos planteados en las denuncias interpuestas son, entre otros, los delitos de genocidio, de terrorismo y de torturas. No es nuestra intención aquí realizar un examen global del tema, sino sólo tratar ciertas cuestiones que pueden ser problemáticas y quedarnos, en varias ocasiones conformes con el simple planteamiento de incógnitas. De todas formas, es obligado indicar aquí que ciertos puntos que han sido presentados como polémicos, incluso como pretendidas excepciones, no lo son. A la luz del Derecho interna-

⁴ Resolución adoptada en la Séptima Sesión Plenaria, 9 de junio de 1994; O.E.A. / Ser. P AG/ doc. 3114 / 94 rev.

⁵ Sólo a título ilustrativo de las más recientes elaboraciones al respecto, puede verse la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/43 sobre "el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales" (aprobada sin votación, 521 sesión, 17 de abril de 1998) o la Resolución 1997/61 de igual órgano sobre las "ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias" (aprobada también sin votación, el 16 de abril de 1997, en su 661 sesión) en especial, su párr. 41. Asimismo, en el Informe final elaborado y revisado por M. JOINET sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos civiles y políticos se destacan los grandes principios básicos en esta materia. Éstos son los tres siguientes: el *derecho a saber* (derecho individual y colectivo a la verdad, que debe instrumentarse a través de la actuación de comisiones no judiciales de investigación y de la preservación de archivos en relación con las violaciones de los derechos humanos), el *derecho a la justicia* (asentado sobre el derecho a un recurso justo y eficaz y sobre un serie de medidas necesariamente restrictivas en cuanto a la prescripción, la extradición, el derecho de asilo, el funcionamiento de los tribunales militares, etc.) y el *derecho a la reparación* (que se desdobra, a su vez, en un doble plano, el individual y el colectivo; reconociendo, en el primer caso, la debida articulación de medidas de restitución -en lo posible-, de indemnización y de readaptación); cfr. "La Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos", Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 49 Sesión, Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997, ECOSOC.

⁶ Los Autos y Providencias se han ido incrementando progresivamente. En relación con la República Argentina, en el transcurso de la Instrucción judicial realizada hasta la fecha se han acumulado numerosas resoluciones judiciales del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (Auto en respuesta al Gobierno argentino por la violación de Tratados internacionales, de 26 de febrero de 1997; Comisión Rogatoria a Estados Unidos solicitando información sobre los desaparecidos argentinos, de 5 de marzo de 1997; Auto de prisión provisional incondicional por delitos de asesinato y genocidio de Leopoldo Fortunato Galtieri, de 25 de marzo de 1997; Auto de procesamiento y detención de nueve personas -entre ellas, del Almirante Luis Eduardo Massera, de 10 de octubre de 1997; Auto dando traslado al Ministerio Fiscal para plantear la cuestión de competencia o falta de jurisdicción, de 28 de octubre de 1997; Auto de imputación de treinta y seis oficiales argentinos por los delitos de genocidio y terrorismo, de 30 de diciembre de 1997; Auto confirmatorio de la jurisdicción y las órdenes emitidas, de 25 de marzo de 1998; Auto en el cual se justifican las cuestiones ideológico religiosas que basan la fundamentación de los delitos y tipos penales, de 11 de mayo de 1998); todos ellos pueden consultarse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/>. Respecto de Chile, también se han dictado varios Autos y Providencias, posteriores al Auto de admisión de querrela y orden de práctica de Diligencias, de 6 de febrero de 1997; puede buscarse más información en <http://www.derechos.org/nizkor/chile>.

cional no pueden quedar sombras de duda sobre que la alegación de la *obediencia debida*⁷, de la *prescripción*⁸ y del juego entre el principio *non bis in idem* y las leyes de amnistía no pueden conducir hasta una exculpación de los autores de los delitos.

En los supuestos que nos atañen, la amnistía ha sido institucionalizada legislativamente desde el poder, de modo que las normas en que se contiene son invocadas a la par que el principio *non bis in idem* para impedir cualquier actuación judicial al respecto. Aparte de que, como es obvio, tal principio no debe recibir una aplicación automática y ciega ante la realidad⁹, a riesgo de verse burlado, diversos órganos inter-

⁷ Sobre la *obediencia debida* poco se puede añadir ya cuando está acabando el siglo. Su impertinencia como posible causa de exoneración de la responsabilidad penal es una realidad jurídica firme en el plano internacional desde el término de la segunda guerra mundial y, desde entonces, no ha dejado de reafirmarse cada vez que se ha producido una ocasión propicia para ello. Una precisión así se contiene en el art. 8 del Estatuto de Nuremberg y también en los instrumentos que se citan en la nota a pie de página siguiente.

Asimismo, el art. 6 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de la A.G. de 1992 reitera la prohibición del acatamiento de mandatos de aquella índole, negándole implícitamente cualquier posible efecto a su alegación:

“1. Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla”; (*vid.*, también, el párr. 2 de esta misma disposición).

El art. 4.2 del mismo texto se ocupa del contenido de las aducciones que pueden suponer una atenuación de la pena, aunque no una exención de la misma:

“Las legislaciones nacionales podrán establecer circunstancias atenuantes para quienes, habiendo participado en actos que constituyan una desaparición forzada, contribuyan a la reaparición con vida de la víctima o den voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada”.

Si acaso, la novedad en este terreno atañe, por el contrario, al incremento progresivo de la dimensión inversa, en relación con la existencia de órdenes para la comisión de delitos. Esto apunta al desencadenamiento de la responsabilidad del superior en virtud de la comisión del delito por un subordinado, en los supuestos en que aquél sabía o tenía motivos para saber que se estaba cometiendo o iba a cometer dicho delito y no adoptó las medidas a su alcance para impedir la ejecución o lograr su represión (art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia; art. 6 del Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda y art. 6 del Proyecto de Código internacional de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, Suplemento N^o 10 (A/51/10)). Salta a la vista pues, la concurrencia aun de otro específico factor de agravación de la pena que debería afectar especialmente a las personas que integraron las sucesivas Juntas Militares en el supuesto de la dictadura argentina y a aquella que ocupó la jefatura del Estado en el caso del totalitarismo chileno.

⁸ Por lo que respecta a la invocación de la *prescripción*, igualmente se puede decir que la consideración de una obligada imprescriptibilidad se ha convertido ya en clásica respecto de los crímenes de guerra y, cada vez más, también en relación con los crímenes contra la humanidad sobre todo desde que estos últimos son considerados de modo autónomo (sobre tal carácter, véase la primera nota a pie de página del apartado III) de este trabajo). De hecho, en el Código penal español se llega incluso ya a invertir tal tendencia, reconociendo un carácter prescriptible a los primeros y no a los segundos (véase la declaración de imprescriptibilidad que, para los delitos de genocidio, aparece contemplada en el art. 131.4 y para las penas correspondientes, en el art. 133.2). Pero además, es de recordar aquí la interpretación fruto del más aplastante sentido común que, por ejemplo, se ha realizado desde el seno de las N.U. con relación a este tipo de crímenes: la caducidad de plazo alguno puede llegar a desplegar efectos paralizantes cuando no ha existido, durante el transcurso de aquel tiempo, un recurso a una protección judicial efectiva; cfr. Informe de M. JOINET, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1..., cit., apartado I).B.2.a). En esta línea, el art. 17.2 de la Declaración (...) contra las desapariciones de 1992 dispone la suspensión de la prescripción hasta el restablecimiento de los recursos previstos en el art. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

⁹ No puede olvidarse que la auténtica razón de ser del principio es la de proteger a las personas frente a un castigo múltiple por un mismo delito. Ninguno de los presentes es el caso. Considerarlo así supondría un grave fraude al principio, sobre todo si se tiene en cuenta que ni en Argentina ni en Chile se llegaron a iniciar prácticamente diligencias penales, produciéndose una auto-concesión de la amnistía o lloviendo ésta posteriormente desde el Ejecutivo o el Legislativo. En relación con ello, puede decirse que la propia Comisión de Derecho Internacional reconocía dos casos en que un individuo podría ser juzgado por un órgano jurisdiccional internacional, a pesar de la decisión anterior de un tribunal interno: por un lado, si hubiese sido juzgado por un crimen ordinario; por otro lado, si las actuaciones del tribunal nacional no hubieran sido imparciales o independientes o hubieran estado destinadas a exonerar al acusado de responsabilidad

nacionales, precisamente, al resolver demandas efectuadas por las víctimas o los familiares de las víctimas de los crímenes militares cometidos durante las dictaduras han traído nueva luz al respecto. El sentido de tales interpretaciones es unívoco: las normas portadoras de amnistía suponen, además del incumplimiento de varios y graves deberes estatales, la violación del derecho fundamental de la persona a una efectiva protección judicial¹⁰. En síntesis, la íntima relación entre *amnistía e impunidad* en los casos que nos ocupan ha sido puesta de relieve en múltiples ocasiones y lugares¹¹. Y, si en su día se argumentó que era necesario un *punto final* para lograr la reconciliación nacional y el restablecimiento de la Democracia, hoy, cada vez más se afirma el entendimiento de que la negación del derecho a la verdad y a la justicia impide cualquier intento de reconciliación y provoca la falta de credibilidad en las instituciones democráticas¹².

penal; Comentario al art. 12 (“*non bis in idem*”), *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 481 período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, A.G., Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento NI 10 (A/51/1996), pp. 74 y 75. También la Declaración (...) contra las desapariciones de 1992 establece que “los autores o presuntos autores (...) no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal” (*loc. cit.*, art. 18.1). En esta dirección, no deja de ser irónico que las sucesivas Constituciones chilenas (la de 1980, enmendada en 1989 y la *misma* de 1980, modificada en 1997) coincidan en este punto (*vid.* el art. 9 de ambas), al declarar la prohibición de efectuar amnistías por delitos de terrorismo (puede verse en <http://www.georgetown.edu/LatAmerPolitical/Constitutions/Chile/chile97.html>).

¹⁰ Éste es el contenido de declaraciones efectuadas, por ejemplo, por el Comité de Derechos Humanos o del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Pero fundamentalmente destacan aquí las decisiones adoptadas por la Comisión Interamericana de derechos Humanos en interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otras normas del Derecho internacional. *Vid.*, a este respecto, el Informe N° 28/92 de la Comisión I.D.H. (Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311), aprobado por la Comisión en su sesión n° 1169, 82 período de sesiones, O.E.A., Ser.L/V/II.82 Doc. 24 de 2 de octubre de 1992 y el Informe N° 36/96, *Garay Hermsilla et al. v. Chile* (Caso 10.843), 15 de octubre de 1996, O.E.A., Ser.L/V/II.95, Doc.7 rev. en 156 (1997). En este último, la Comisión todavía da un paso más, al incluir entre sus Observaciones preliminares, una consideración sobre la calidad de las autoridades que dictaron la amnistía (en lo que se refiere al régimen chileno): “es un acto de poder emanado del régimen militar que derrocó al Gobierno constitucional del Dr. Salvador Allende. Se trata por consiguiente, de autoridades que carecen de todo título o derecho pues no fueron elegidas ni designadas de manera alguna, sino que se instalaron en el poder por la fuerza, después de deponer al gobierno legal, en violación de la Constitución (...). Un gobierno de hecho *carece de título jurídico* porque si un Estado se ha dado una Constitución todo lo que no esté de acuerdo con ella es contrario a Derecho (...);” (la cursiva es añadida) apartado VI.A), a., párrs. 26 y 27. Abundando en esta línea, puede verse el *Informe del Departamento Jurídico de la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas - FASIC* sobre la Resolución 34/96 de la Comisión Interamericana de DDHH de la O.E.A. (“lo que se ha denunciado es la denegación de justicia en democracia, y no que los crímenes ocurrieron en ella...”), Santiago de Chile, 20 de marzo de 1997 (<http://www.derechos.org/nizkor/chile/fasic/cidh1.html>).

¹¹ Sólo a título demostrativo de esta corriente de denuncia progresivamente expansiva, pueden verse los siguientes trabajos: M.A. AVILA, “La lucha contra la impunidad como garantía del Estado de Derecho”, KO’AGA ROÑE’ETA Serie III, (1997), <http://www.derechos.org/koaga/iii/avila.html>; J. AYALA LASO, “La Justicia es un derecho humano”, <http://www.derechos.org/diml/doc/ayala.txt>; I. CEPEDA CASTRO y C. GIRÓN ORTIZ, “Olvido o memoria en las condiciones de solución de conflictos políticos”, KO’AGA ROÑE’ETA, Serie III (1997), <http://www.derechos.org/koaga/iii/cepeda.html>; Y. MIGNOT, “El destino de la impunidad en Bolivia y en Chile: ¿Qué temores y qué esperanzas?” (<http://www.derechos.org/nizkor/doc/chi-bo.txt>); L. PÉREZ AGUIRRE, “La impunidad impide la reconciliación nacional”, *Seminario Internacional: Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos*, Santiago de Chile, 14 de diciembre de 1996, KO’AGA ROÑE’ETA Serie III, Volumen 3, <http://www.derechos.org/koaga/iii/3/portillo.html>; A. PÉREZ ESQUIVEL, “Condicionalidad, Derechos Humanos y Democracia desde la experiencia latinoamericana”, (<http://www.derechos.org/nizkor/doc/perez.txt>); C. PORTILLO, “Impunidad: ¿Memoria u olvido?”, KO’AGA ROÑE’ETA Serie III, Volumen 3 (<http://www.derechos.org/koaga/iii/3/portillo.html>).

¹² En Chile, el gobierno militar de A. PINOCHET adoptó una amnistía generalizada a través del Decreto Núm. 2191 de 1978, para dejar impunes todas las violaciones realizadas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. En Argentina, tras la auto-concesión de una ley de amnistía del gobierno militar en 1983 y su anulación por el posterior régimen democrático, se promulgaron leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, en 1986 y 1987, respectivamente. En 1989, el presidente C. MENEM firmó un

Por todas estas razones, no puede más que darse la bienvenida a la iniciativa seguida en nuestro país. Pero veamos los problemas con que puede encontrarse, conectados fundamentalmente con la calificación de los delitos de genocidio y de terrorismo, por lo que atañe al ámbito sustantivo, y con problemas de tipo competencial, en lo atinente al ámbito procesal.

II. LOS SUCESOS Y LOS DELITOS DE GENOCIDIO: EL LABERINTO DEL SUJETO PASIVO

Tal vez pueda sorprender inicialmente que los escollos en esta materia no vengán dados, en principio, por una supuesta falta del elemento subjetivo necesario, o de su prueba, para la comisión del genocidio, esto es, de la intención de destruir, total o parcialmente, a un determinado grupo¹³. El principal problema, al efectuar una aproximación teórica a la cuestión, tanto en el caso argentino como en el chileno, tiene que ver con la dificultad de identificar a las víctimas con el estricto sujeto pasivo que el principio de legalidad requiere inexcusablemente para entender satisfecho el tipo del delito de genocidio. De este modo, vemos ciertamente que, junto al necesario componente espiritual que representa una voluntad de aniquilar a una colectividad en todo o en parte, concurren en modo atroz prácticamente todas las acciones típicas previstas: matanza de miembros del grupo, lesiones graves a la integridad física o psíquica de los miembros

Indulto, mediante el Decreto Núm. 1002. Por fin, los días 24 y 25 de marzo de 1998, se produjo la anulación de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida por el Parlamento argentino; *vid.* <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/juni.html>.

¹³ El mandato convencional de adoptar medidas legislativas internas para asegurar la aplicación de las disposiciones internacionales frente al genocidio se había cumplido en nuestro ordenamiento interno ya hace tiempo, mediante la tipificación penal de determinadas conductas (según disponía el art. 5 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948; *B.O.E.* de 8 de febrero de 1969; Argentina y Chile también son partes). Las acciones contempladas en nuestro ordenamiento han sido y son prácticamente las mismas que categoriza y proscribire el texto internacional en su artículo 2, aunque con matices.

La tipificación del delito de genocidio se estableció por primera vez en nuestro ordenamiento con motivo de la reforma del Código penal de 1971, poco tiempo después de que el Estado español se adhirió a la Convención de 1948. Desde entonces, ha habido pocos cambios sustanciales que hayan afectado a la configuración nuclear del delito. Si acaso, cabe citar la sustitución de la palabra “social” por “racial”. Alteración de pertinente indicación en esta sede, toda vez que la previsión de los grupos sociales, actualmente derogada, ha sido manejada en la querrela presentada en uno de los casos que nos ocupa, tal como veremos *infra*.

Pero, desde luego, las modificaciones más importantes se incorporaron con ocasión de la aprobación del nuevo Código penal de 1995. Simplificando a la fuerza, son dignos de un enunciado genérico o de una breve reseña cuatro órdenes de cambios. En primer lugar, se ha enmendado una vieja errata que se había colado al publicarse la reforma inmediatamente anterior. Puede parecer mentira que se tratara de la falta de una simple coma. Pero de la ausencia indebida de ese signo de puntuación, entre las palabras “nacional” y “étnico”, se derivaba la drástica consecuencia de contemplar y proteger sólo tres, en vez de cuatro, grupos humanos (“nacional étnico, racial y religioso”). En segundo lugar, se observa una redistribución de las acciones previstas y, paralelamente, un perfeccionamiento de la estructura general de la disposición. En tercer lugar, se incluyó una nueva figura en el párrafo segundo del artículo 607, al prever ahora “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen” los delitos tipificados como de genocidio en el propio Código “o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”. En cuarto lugar, por último, se amplió el catálogo de conductas típicas para dar cabida a la agresión sexual. En otro lugar, ya expresamos nuestras dudas sobre que haya que dar la bienvenida a este nuevo desarrollo interno del delito de genocidio con respecto al delito internacional, en la medida en que los ataques sexuales no constituyen, en sí, acciones hábiles para estar dotadas del elemento subjetivo que debe albergar todo acto de genocidio: la intención de *extinguir* total o parcialmente a determinados grupos; para un desarrollo de estos planteamientos, puede verse PÉREZ GONZÁLEZ, M. y ABAD CASTELLOS, M., “Los delitos contra la Comunidad internacional en el Código penal español”, *Spanish Yearbook of International Law*, 1996 (en prensa), particularmente, apartado III.B.

del grupo, traslado por fuerza de niños del grupo... Pero, a pesar de que en un lenguaje habitual o en un entendimiento sociológico o periodístico de la cuestión nadie dude que esas conductas merezcan el calificativo de genocidio, desde una óptica exclusivamente técnico-jurídica es preciso comprobar la existencia de una identidad entre los *desaparecidos* y demás víctimas y la categoría-sujeto pasivo integrante del tipo. Y no se trata precisamente de una tarea elemental.

A. ¿Víctimas, en cuanto que grupo político?

¿Dónde lograr aquel encaje? Desde luego, a primera vista parece que puede desecharse la idoneidad de los grupos “*étnico*” y “*racial*” para intentarlo. Una intuición inicial parece conducir inexorablemente a considerar a las víctimas como miembros de un *grupo político*. Sin embargo, el problema, como ha de advertirse en este aspecto, es que, a pesar de las propuestas habidas en tal dirección durante el tiempo de la redacción de la Convención de 1948, finalmente se optó, debido a objeciones irrenunciables por parte de ciertos Estados, por no incluir a los grupos políticos como un posible sujeto pasivo del delito en el texto último¹⁴. Pero podría plantearse que una vez acabada la guerra fría, ya no quedan apenas reminiscencias de aquella división de opiniones que caracterizaba a la escisión Este-Oeste y que, en definitiva, fue la causante de la no inclusión de los grupos políticos en la Convención de 1948. Y, en consecuencia, tal vez no fuera descabellado sostener que, desaparecida aquella profunda fractura ideológica y, con ella, los reparos puestos a la tipificación del genocidio, la realización de las conductas previstas con el ánimo de destruir total o parcialmente a un grupo podría constituir un delito de genocidio a la luz del Derecho internacional consuetudinario, sin importar que el grupo en cuestión fuera, en realidad, un grupo político. Lo cierto es que, quizá precisamente para evitar tropezar con la infranqueable barrera de su atipicidad, se ha negado que las víctimas pudieran integrar cualquier especie de grupo político o incluso que siquiera les uniera un nexo de disidencia política, probando un acomodo por otros derroteros¹⁵.

¹⁴ Tal vez sea estéril insistir a estas alturas sobre lo pertinente o impertinente (o acerca de la justicia o injusticia) de no haber incorporado una protección de los grupos políticos frente a actos que bien podrían constituir genocidio, de haberlo querido y acordado así los Estados. Lo cierto es que, tal como ya consta en otro lugar, la falta de introducción se debe sobre todo a la oposición de países como la ex-U.R.S.S., Polonia, Egipto, Irán, Perú, Brasil o Uruguay. Estados que alegaban como fundamentos primordiales de su objeción la imposibilidad de intervención en los asuntos internos de los Estados, a la vez que un supuesto carácter subjetivo y provisional de los grupos políticos. Como ya expusimos, este último argumento nos parece insostenible en la medida en que sí se han incluido, por el contrario, los grupos religiosos; cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M. y ABAD CASTELOS, M., “Los Delitos...”, *loc. cit.*, apartado III.B.2. También A. MIAJA DE LA MUELA mostraba su desacuerdo por igual motivo, manifestando que “desgraciadamente para sus miembros, los partidos políticos en peligro de exterminio físico por el gobernante de signo opuesto, han tenido, antes de llegar a este trance, una actuación que difícilmente pueden ocultar los que participaron en ella, y de la que queda constancia en ficheros, manifiestos, prensa, seguramente mejor definitiva de la filiación al partido perseguido que los que puedan ser los caracteres somáticos que acrediten la pertenencia, en caso de persecución de tipo racial, al grupo étnico en desgracia”; “El Genocidio, delito internacional”, *R.E.D.I.*, Vol. IV, Núm. 2, 1951, pp. 363-408; pp. 377 y 378.

¹⁵ En palabras del juez B. GARZÓN, quien a su vez rastrea selectivamente entre los surrealistas discursos de distintas autoridades militares durante la dictadura argentina y recoge alguna de sus aserciones: “Así, no sólo eran enemigos los que pertenecían a los grupos armados (Montoneros, ERP,...) o determinados líderes sindicales, políticos o estudiantiles lo que podría haber llevado a pensar que la actuación represiva era meramente política o ideológica, sino también todos aquellos que “cambian o deforman en los cuadernos de nuestros niños el verbo ‘amar’; los ideólogos que envenenan en nuestras Universidades, el alma de nuestros jóvenes, los aprendices de políticos que sólo ven en sus semejantes el voto que les permitirá acceder a sus apetitos materiales, los seudosindicalistas que reparten demagogia para mantener posiciones personales sin importarles los intereses futuros de sus representados ni de la ‘Nación’; es decir, todos los que entorpecen el concepto ‘nacional’ deben ser destruidos”; Auto de 25 de marzo de 1998, (org/nizkor/arg/espana/compe.html).

Se ha venido a plantear igualmente que el único enlace político existente no era el que cohesionaba al sujeto pasivo sino a los autores de los delitos¹⁶. Nosotros, en cambio, sí percibimos un vínculo de aquella índole entre la pluralidad de las víctimas (¿salvo, quizá, en lo que se refiere a las acciones de sustracción de niños?¹⁷). De hecho, aunque no se tratara de una disidencia política en sentido estricto en todos los casos, sí cabría detectar en general al menos una discrepancia ideológica con el régimen establecido. Tal modo de disentimiento, expreso o presunto, sí es, a nuestro juicio, el nexo primeramente visible¹⁸. Pero como ya se sabe, tales grupos, si se quiere *ideológicos*, de no permanecer conectados además por su origen nacional o a través de sus creencias religiosas, no son aptos para constituirse en sujeto pasivo del delito de genocidio¹⁹.

Probablemente teniendo en cuenta tales obstáculos, en la fase de Instrucción judicial de ambos casos se ha discurrido un ensayo sobre las dos únicas vías que restan a la luz de las disposiciones internacional e interna. De este modo, se ha llegado a interpretar que las víctimas conformaban un grupo nacional y, en el caso los hechos referidos a la República Argentina, también un grupo religioso.

B. El complicado intento de conceptuar a las víctimas como un grupo nacional

A pesar de que en principio pudiera parecer que el “*grupo nacional*” se presentara como idóneo para acoger a las víctimas, en su calidad de españoles o descendientes de españoles, un examen más detenido a la luz de los hechos deja al descubierto la irrealidad de tal percepción y otras insuficiencias, que no sabemos si son enteramente salvables. Ciertamente, de no haberse tenido en cuenta la nacionalidad desde una vertiente procesal para invocar el principio de personalidad pasiva como fundamento de la jurisdicción española²⁰, nuestro temor es que la nacionalidad de las víctimas no tenga en los casos presentes la entidad exigida desde un punto de vista sustantivo; es decir, que no alcance, al menos, la magnitud cualitativa necesaria para determinar la calificación de genocidio.

¹⁶ Así, éste es el razonamiento seguido en el *Escrito de Denuncia de la Unión Progresista de Fiscales*, de fecha 4 de julio de 1996, presentado en el Juzgado de Guardia de Valencia por los sucesos acaecidos en Chile. En el mismo, se puede leer: “(...) No existía un denominador común de contenido político entre las víctimas: los niños, ancianos, adolescentes o amas de casa exterminados no militaban en ningún grupo político. Sin embargo, sí existía una intencionalidad política en los responsables del delito (...). *La intencionalidad política, insistimos, estaba presente, pero en los responsables, no en las víctimas*”; FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO, párrs. 4, *in fine* y 8.

¹⁷ Sucedería en este caso, con respecto a los menores del grupo, algo asimilable a lo que acontece en relación con los grupos religiosos.

¹⁸ También J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE entiende que era la opinión política de las víctimas, “que los autores de los delitos consideraban contraria al régimen militar dictatorial entonces imperante”, la razón de su persecución y exterminio; cfr. “Competencia judicial penal internacional de los Tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos contra españoles en Iberoamérica”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 13, 1997, pp. 505-536; pp. 510 *in fine* y 511.

¹⁹ En el Seminario internacional sobre la Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos, celebrado en Santiago de Chile en diciembre de 1996, se llamó la atención sobre la omisión de estos grupos. Esta inquietud se plasmó en la Declaración final alcanzada en el Encuentro. En la misma, los Estados participantes se comprometen en el plano jurídico interno a incorporar en la definición de Genocidio a los grupos políticos como víctimas; cfr. Declaración de Santiago de Chile (15 de diciembre de 1996), *Conclusiones: Seminario Internacional “Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos”*, KO’A-GA RONE’ETA se.iii,v.iii(1996) - <http://www.derechos.org/koaga/iii/3/conclusion/html>.

²⁰ Retomaremos esta cuestión *infra*, en el apartado V) de este trabajo.

Desde luego, en caso de que la clave estribe en que la respuesta a la interrogante de si a las víctimas se les convirtió en tales en razón de su vínculo civil con un determinado Estado (el español) sea positiva, entonces definitivamente el criterio de la nacionalidad no bastaría en los casos que estudiamos. Y, por tanto, las infortunadas víctimas que aquí nos ocupan no tendrían posibilidades de haber constituido un grupo nacional a los efectos de la Convención internacional de 1948 ni tampoco de cualquiera de las normas penales españolas sucesivas en el tiempo. Pues teniendo en mente los hechos, todo hace pensar que los desaparecidos, torturados o muertos no lo fueron por su condición de españoles. Por la misma razón, tampoco lo fueron los italianos, uruguayos, alemanes..., que se encontraban en aquellos países²¹.

No obstante, con las mejoras intenciones se insiste en dicha incardinación desde más de un frente, ofreciendo además variados argumentos. Por un lado, en el *Escrito de Denuncia de la Unión Progresista de Fiscales*, de fecha 4 de julio de 1996, presentado en el Juzgado de Guardia de Valencia y que tuvo el efecto de incoar el procedimiento referido a los hechos producidos en Chile, se parte, creemos que muy apropiadamente, del carácter en absoluto unívoco del concepto de “nación” o de “nacionalidad” en nuestro Derecho. Y, justo a continuación, se avanza un razonamiento sugestivo: “(...) los hechos denunciados se refieren al exterminio de un grupo nacional; a aquél que era identificado por los autores de los hechos con la parte de la Nación Chilena que había apoyado al Gobierno constitucional”²². Por otro lado, en uno de los Autos dictados en relación con los sucesos argentinos también se pone un especial cuidado en argumentar la posibilidad de descubrir la existencia de un grupo nacional a los efectos de lograr la aplicación del tipo del genocidio. Tras pasar revista a los conceptos y acepciones más comunes en la legislación y en la práctica internacional se llega a la conclusión de que “(...) el denominador común de los miles de desaparecidos por la represión, entre los que hay que contar aquellas personas que procedían de otros países y que formaban grupos o familias nacionales -españoles, italianos, uruguayos, franceses, chilenos, etc., era su pertenencia a un mismo grupo nacional: la Argentina. Todos integraban ese grupo nacional; todos eran argentinos; y a todos se les elimina en función de su prescindibilidad -decidida por los represores- para ‘la nueva nación argentina’”²³.

No obstante, el último Auto alcanza la conclusión de la presencia de un grupo nacional apoyándose también en la exégesis efectuada por el Relator especial del *Estudio sobre la cuestión de la prevención y la represión del crimen de genocidio en el seno de las Naciones Unidas*²⁴. Consiguientemente, es esta interpretación *semi-auténti-*

²¹ La ausencia de un criterio de unión basado en la nacionalidad de las víctimas, en este caso argentinas, parece ser manifiesta para J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, cuando afirma “(...) y si bien las doscientas sesenta y seis personas relacionadas en el Auto parece que poseían la *nacionalidad española*, la causa de los delitos contra ellas cometidos no era su nacionalidad española, no había ánimo de exterminar a todos o a parte de los españoles que se hallasen en Argentina, como lo demuestra el hecho de que otros muchos compatriotas allí residentes no fueron sujetos pasivos de delito”; *loc. cit.*, p. 510. Puede verse, en el mismo sentido J.A. GONZÁLEZ VEGA, *loc. cit.*, p. 287.

²² La cursiva es añadida. Fundamento de Derecho PRIMERO, cuarto párrafo. No obstante, es necesario añadir que más adelante se intenta apoyar parcialmente dicha interpretación en el hecho de que la Ley 44/1971 introdujera en el tipo del delito, la previsión del *grupo social* en vez del grupo racial; cfr. *ibidem*, párrs. 9-12. Discrepancia con respecto al texto de la Convención internacional que, sin embargo, casi toda la doctrina penalista atribuyó en su día a un simple error y, por tanto, al que no concedió mayor importancia. Y, que incluso llegado el caso, tan sólo podría tener efecto durante el período preconstitucional, puesto que a partir de 1978 el mandato contenido en el artículo 10.2 de la Norma fundamental obligaría a una interpretación fiel a los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte, tal como explícitamente precisa el Juez B. GARZÓN, Auto de 25 de marzo de 1998, *loc. cit.*, RAZONAMIENTO JURÍDICO TERCERO, párr. 4.

²³ Auto de 25 de marzo de 1998..., cit., RAZONAMIENTO JURÍDICO SEXTO, párr. 5.

²⁴ 2 de julio de 1985; B. WHITAKER, *E/CN.4/Sub.2/1985/6*, ECOSOC.

ca la que, sobre todo, podría dar lugar a una explicación, si no convincente sí mínimamente satisfactoria, a la cuestión de por qué todas las víctimas, y en concreto las españolas o de origen español, integraban un grupo nacional²⁵. Es éste también el principal asidero jurídico empleado desde la acusación contra los crímenes cometidos por la Junta militar chilena para llegar a igual determinación²⁶.

De este modo, en el Informe elaborado en el marco de las Naciones Unidas se recalca que la definición de genocidio “no excluye el caso en que las víctimas pertenecen al mismo grupo al que pertenece el autor de la violación”²⁷. Se entiende, por tanto, que pueden pertenecer a igual grupo y que ninguna diferencia (de nacionalidad, de etnia, de raza o de religión) les separe. Tal deducción se desprende aún más claramente al figurar más adelante, entre otras, una referencia expresa al paradigma del caso camboyano y al Informe que sobre el mismo hizo otro Relator especial²⁸. Por ello, tal vez cabría indicar que, al igual que en los casos investigados ahora por la Justicia española, si acaso, en el caso de Camboya sólo podrían encontrarse ciertas diferencias sociales entre las víctimas y el resto de la población del mismo Estado (pero ninguna de las demás distinciones grupales previstas literalmente en la Convención de 1948). Y, en consecuencia, cabría igualmente argumentar que, del mismo modo que Pol-pot y sus subordinados fueron -sólo- acusados de delitos de genocidio, nada obstaría a que se entendiera producida la comisión de crímenes equivalentes en los casos que ahora estudiamos. En todo caso, debe resaltarse el hecho de que en el caso camboyano la nacionalidad de las víctimas era la misma que la de sus ejecutores. De ahí la descriptiva expresión utilizada por el Relator para dar nombre a aquel horror: “autogenocidio”²⁹.

La gran duda es si una interpretación así no es demasiado rebuscada o artificiosa y si respeta los límites garantistas impuestos por el principio de legalidad³⁰. En cualquier caso, los argumentos planteados por los jueces de instrucción han sido refutados desde el Ministerio Fiscal³¹, a pesar de la posición favorable a la competencia de la jurisdicción española mantenida por la Fiscalía General del Estado³².

²⁵ Vid. *ibidem*, RAZONAMIENTOS JURÍDICOS TERCERO, CUARTO, QUINTO Y SEXTO.

²⁶ Joan GARCÉS, “Pinochet, ante la Audiencia Nacional y el Derecho Penal Internacional”, Serie III, Impunidad y Verdad, KO’AGA ROÑE’ETA se.iii (1997) -<http://www.derechos.org/koaga/iii/5/garces.html> (pp. 1-15; pp. 10-12). También *id.*, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Núm. 28, marzo/1997, pp. 92-99; pp. 97 y 98.

²⁷ Doc. cit., p. 20.

²⁸ *Ibidem* (E/CN.4/SR.1510).

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Además, incluso podría añadirse que sostener lo contrario llevaría a la absurda solución de considerar que el delito de genocidio sólo puede cometerse, en ausencia de un móvil de tipo étnico, racial o religioso, en presencia de un elemento de extranjería. Tal idea sería contradictoria con el carácter internacional que en esencia tiene el delito de genocidio, a pesar de que no se involucre ningún factor que trascienda un ámbito puramente doméstico. En esta dirección, sería pertinente traer a colación la afirmación de la C.D.I., en su comentario sobre el artículo 17 del Proyecto de Código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, referido precisamente al crimen de genocidio, “(...) los trágicos acontecimientos de Ruanda demostraron claramente que el crimen de genocidio, aunque se cometa principalmente en el territorio de un solo Estado, puede tener graves consecuencias para la paz y la seguridad internacionales”; *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 481 período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, A.G., Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N1 10 (A/51/1996), p. 94.

³¹ También desde la doctrina. Puede verse al respecto la opinión ya reseñada de J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, en *loc. cit.*, pp. 510 y 511.

³² A este respecto, puede ser pertinente indicar aquí la existencia de un Documento que lleva por título “Nota sobre la Jurisdicción de los Tribunales Españoles” y que fue presentado sin firma a la Junta de Fiscales del Tribunal Supremo. A pesar de su anonimato, este Escrito es conocido oficiosamente como “Documento Fungairiño”. Lo cierto es que su contenido se centra en las actuaciones judiciales actualmente

C. El complejo esfuerzo de búsqueda (*¿a posteriori?*) de una identidad religiosa para el grupo de las víctimas

Más forzada parece la tentativa de configurar al colectivo de las víctimas como un grupo religioso. En los Autos dictados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, del día 25 de marzo y el once de mayo de 1998, se da cuerpo a una idea como esa, con respecto al caso argentino³³. Ya en el primero de los Autos se parte de la asunción de que “esta vía no está exenta de dificultades, pero conforme avanza la investigación cada vez más se evidencia, por una parte que uno de los *leitmotivs* del accionar represor militar estuvo guiado por preservar lo que ellos denominaban la moral occidental y cristiana frente al internacionalismo y el marxismo, es decir frente al ateísmo; y por otra que, a parte de las actitudes heroicas de algunos religiosos secuestrados y asesinados, la ‘doctrina oficial’ de las jerarquías eclesíásticas fue consentidora y alentadora de la situación *de facto* que se estaba viviendo y de la que tenían conocimiento intenso y extenso, por la convivencia en estrecha relación con el Poder constituido”³⁴. Sin embargo, una concepción así puede tropezar con dos impedimentos: por una parte, la dificultad de identificar la destrucción de un grupo por motivos religiosos con la destrucción de un grupo religioso y, por otra parte, la complejidad de demostrar que el ánimo o la intención de destruir al grupo *-religioso-* dirigía las acciones ejecutadas por los autores de los delitos.

En relación con el primer posible impedimento, puede indicarse que lograr aquella necesaria concordancia, entre la destrucción de un grupo *por motivos religiosos* y la destrucción de un grupo religioso, tendría el efecto de equiparar dentro del mismo la profesión o ejercicio de una religión con la negación o con la ausencia de esta última. Luego, si proseguimos con este razonamiento, un grupo religioso podría integrarse a estos efectos por cualquier colectividad, sin importar prácticamente cuáles sean sus convicciones, con tal de que los autores de las conductas criminales que nos preocupan pretendan exterminar a sus miembros por encontrarse éstos en cualquiera de las tres situaciones siguientes: por *creer* en una concreta teología, por *no creer* en una determinada o por *no creer en ninguna*. ¿No tendría una conclusión así un efecto expansivo, excesivo, sobre la categoría del sujeto pasivo del delito de genocidio? En cualquier caso, para superar aquella dificultad que señalábamos, se indica la existencia de cierta

en trámite en los Juzgados Centrales de Instrucción (JCI) núms. 5 y 6, ocurridos durante las dictaduras militares de Argentina y Chile, y se dirige primordialmente a negar los criterios sustantivos y procesales sobre los que se está asentando la jurisdicción de los dos Juzgados Centrales de Instrucción. En lo que aquí nos concierne, en este documento se intenta rebatir la misma comisión de los delitos de genocidio: “(...) no surge de los datos que se poseen que los exterminios ordenados por los militares argentinos y chilenos estuviesen motivados por la pertenencia de las víctimas a esos grupos -nacional, étnico, racial o religioso-. La motivación de la criminal actuación de las Juntas Militares fue la venganza frente a los atentados terroristas de los ‘montoneros’ -en el primer caso- y la creencia de que el régimen de Salvador Allende acabaría con las estructuras políticas tradicionales chilenas -en el segundo-, lo que conllevaba, desde el particular punto de vista de los militares sublevados, la necesidad de la eliminación física de todo rasgo de disidencia política, sin que la raza, religión, nacionalidad o etnia de los miles de muertos y desaparecidos fuese determinante de su actitud; los españoles muertos y desaparecidos no lo fueron por su condición de españoles sino por encontrarse en el punto de mira de la disidencia política que los exterminadores quisieron eliminar, no fue la nacionalidad española la única objeto de victimización, junto a la propia argentina, chilena, francesa, norteamericana y otras”; el documento puede consultarse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/fuga.html> (5 pp.; p. 2).

³³ Este último Auto puede consultarse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/juri.html>.

³⁴ *Loc. cit.*, RAZONAMIENTO JURÍDICO SÉPTIMO.

práctica internacional en el sentido de considerar que los términos “religión” o “creencia” abarcan las “convicciones teístas, no teístas y ateas”³⁵.

Por lo que atañe al segundo probable impedimento (la detección de la intención de destruir total o parcialmente tal grupo en los autores), puede decirse que indirectamente se intenta resolver en el segundo Auto citado, a la vez que en él se persevera sobre el entendimiento anterior: “(...) una de las finalidades perseguidas por la Jerarquía Militar que propicia el Golpe de Estado, desde antes de dicho momento, y con el apoyo, instigación y bendición de las jerarquías de la Iglesia Católica Argentina oficial, es la destrucción pura y simple a través de la violencia de todo lo que sea contrario a esa doctrina, y, en esas contradicciones basa la definición de lo subversivo (...). En definitiva, se trata de una verdadera filosofía que mueve la acción delictiva; se trata de una ‘cruzada’ contra todo aquel que comparta la ideología atea o no occidental o no cristiana. Ese elemento de no pertenencia a la ideología cristiana y occidental según los límites marcados por las Jerarquías Militares y la Iglesia oficial argentina, es el que cohesionaba verdaderamente a todos los que son víctimas de la represión, y, entre los que se va a incluir judíos, ateos, cristianos de base o no oficialistas, etc.”³⁶.

³⁵ El juez B. GARZÓN se apoya en los trabajos preparatorios del artículo 1 de la Convención Internacional para la eliminación de toda forma de Intolerancia y Discriminación basada en la Religión o Creencia, aprobada por la A.G. de las N.U. en 1967, y en la doctrina citada en su RAZONAMIENTO JURÍDICO OCTAVO; cfr. *loc. cit.* Allí, establece además una analogía entre el caso tibetano y el argentino durante el período de la Dictadura militar. Salvando las distancias, claro está, considera que “existe un gran paralelismo entre esta depuración ideológica religiosa de corte marxista oriental y la pretendida en sentido inverso por las Juntas Militares Argentinas instaladas en el poder Absoluto, tras el golpe de Estado de Marzo de 1976 (...). Es decir, se trata de combatir -léase destruir, a la vista de lo realizado-, ‘todo lo que sea contrario a la ideología occidental y cristiana’ (...). Esta destrucción va dirigida por tanto a la destrucción de un grupo cohesionado por su común ideología atea o no occidental ni cristiana, según los genocidas, es decir, por su ateísmo o no aceptación de la doctrina y creencias cristianas (lo de occidental, en realidad, es reiterativo). Por eso, es oportuno insistir en que en Argentina se trató de destruir, en sentido inverso al pretendido por los marxistas chinos, a quienes, según el criterio de los genocidas, no profesaban una ideología religiosa cristiana, sino no teísta o atea. El hecho de que existan niños desaparecidos que en Argentina fueron segregados de sus familias para que se desarrollaran en la ideología cristiana, en vez de en la atea o no cristiana de sus familias, según los genocidas, es un elemento esencial para la consolidación de la conducta como genocidio de un grupo cohesionado, según los ejecutores de los delitos, por su discrepancia con la ideología religiosa cristiana (...). Destruir a un grupo por su ateísmo o su común no aceptación de la ideología religiosa cristiana es, también, según esto, destrucción de un grupo religioso, en la medida en que, además el grupo a destruir se comporta técnicamente como objeto de identificación de la motivación o elemento subjetivo de la conducta genocida”.

³⁶ (La cursiva pertenece al original). A través de este Auto de 11 de mayo de 1998 se resuelve la cuestión de jurisdicción planteada por el Ministerio Fiscal y la defensa del imputado Adolfo F. Scilingo; *loc. cit.*, RAZONAMIENTO JURÍDICO CUARTO.

Pueden examinarse otros razonamientos del juez instructor en la misma línea en los RAZONAMIENTOS JURÍDICOS SÉPTIMO-OCTAVO (del Auto de marzo de 1998) y CUARTO-QUINTO (del Auto de mayo del mismo año). Asimismo, en igual lugar, puede verse una recopilación de múltiples arengas de la Jerarquía eclesiástica militar argentina durante la época de referencia, que dejan sin aliento. No nos resistimos a transcribir algunas de estas prédicas delirantes y aterradoras, en el fondo y en la forma: “La patria rescató en Tucumán su grandeza mancillada en otros ambientes, renegada en muchos sitios y la grandeza se salvó gracias al Ejército Argentino. Estaba escrito en los planes de Dios que Argentina no iba a perder su grandeza y que la salvaría su natural custodio: El Ejército” (Vitorio Bonamín, Vicario y Provicario General Castrense de las Fuerzas Armadas Argentinas, enero de 1976); “La lucha antiguerrillera es una lucha por la República Argentina, por su integridad, pero también por sus Altares” (*id.*, 4-3-76); “Esta lucha, es una lucha en defensa de la moral, de la dignidad del hombre, en definitiva es una lucha en defensa de Dios. Por ello pido la protección divina en esta guerra sucia en la que estamos empeñados” (*id.*, en el Diario “La Nación”, 11-10-76); “(...) el mundo está dividido por dos filosofías incompatibles, perfiladas por dos fronteras ideológicas: el materialismo ateo y el humanismo cristiano. Las Fuerzas Armadas, en representación de la civilización occidental y cristiana deben utilizar todos los medios para combatir el enemigo” (*id.*, 5-12-1977, en la Universidad Nacional del Litoral -Paraná-).

En definitiva, acaso podría cerrarse este apartado dejando también una puerta entreabierta. Al fin y al cabo, aun produciéndose desgraciadamente numerosos casos de genocidio, lo que apenas hay es jurisprudencia al respecto, y menos todavía de carácter nacional. Toda práctica judicial, por tanto, siempre puede ayudar a proyectar más luz sobre el Derecho existente, a idear nuevas interpretaciones del mismo y a establecer precedentes³⁷.

III. UNA TARDÍA CONCLUSIÓN DE *LEX FERENDA*: LOS SUCESOS COMO CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Visto lo visto, tal vez no sea éste el momento ni el lugar más adecuado para hacer reproches al legislador español. Pero tan sólo señalaremos que no habría necesidad de efectuar tantas cábalas interpretativas si nuestro ordenamiento interno hubiera estado más atento a la evolución seguida por el Derecho internacional y hubiera tipificado, en consecuencia, los crímenes contra la humanidad. A pesar de su corta vida en la teoría y la práctica jurídica, esta categoría de delitos está perfectamente consolidada en el Derecho internacional consuetudinario, disponiendo hoy de la autonomía conceptual que no poseyó en el momento de su creación y durante cierto tiempo después³⁸. La Comisión de Derecho Internacional se encuentra trabajando desde hace ya medio siglo sobre estos delitos y, especialmente en los últimos años, ha perfilado su concepto, las condiciones que deben rodear su comisión, las conductas típicas en que pueden consistir ... Recientemente, ha reducido el número de delitos que venía considerando y ha enu-

³⁷ De todas formas, dicho sea de paso, en el momento de redactar estas páginas no hay otra alternativa que aguardar al final judicial del caso. Estando el procedimiento nada más que incoado, nos parece que la mejor determinación que puede hacerse es, mientras que se espera, efectuar una crítica constructiva de los fundamentos de Derecho que van siendo utilizados y, en su caso, aventurar otras posibles argumentaciones. Pero, además, por otra parte, para apoyar los esfuerzos -si se quiere, de imaginación jurídica- que se están realizando en la instrucción de estos casos por lo que respecta a la configuración del sujeto pasivo del delito como un grupo nacional (y también religioso, en el supuesto argentino), puede ser oportuno traer aquí las palabras expresadas por E. LAUTERPACHT, en su opinión individual a una de las Ordenanzas dictadas en otro caso sobre genocidio que se encuentra, también *sub iudice*, ante el T.I.J. Tras recordar algunos casos de los últimos años (la matanza de hutus por tutsis -Burundi, 1965-1972-; de indios en Paraguay -antes de 1974, etc.), el juez *ad hoc* sostiene que "the limited reaction of the parties to the Genocide Convention in relation to these episodes may represent a practice suggesting the permissibility of inactivity (...)"; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, Order of 13 September 1993, *I.C.J. Reports 1993*, pp.325 y ss.; p. 445.

³⁸ Cómo es de sobra sabido, la tipificación de estos delitos se produjo al término de la segunda guerra mundial, naciendo en el artículo 6 del Estatuto de Londres entroncados con las categorías de los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra; sobre los criterios tomados en cuenta en las fechas de su tipificación y sus efectos, puede verse H.D. DE VABRES, "Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international", *Recueil des Cours*, Tome 70, 1947-I, pp. 477-582, en especial, pp. 505-527; J. GRAVEN, "Les Crimes contre l'humanité", *Recueil des Cours*, Tome 76, 1950-I, pp. 433-605, particularmente, pp. 516-522; A. MIAJA DE LA MUELA, "El genocidio...", *loc. cit.*, pp. 363-408; M. PÉREZ GONZÁLEZ, "La responsabilidad internacional (III): la responsabilidad internacional de sujetos distintos de los Estados", en *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Coord. M. Díez de Velasco), Capítulo XXXIV, Tecnos, Undécima Edición, Madrid, 1997, pp. 707-719; pp. 709-713; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional, Tomo II*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Instituto Franciscano de Vitoria, Madrid, 1957, pp. 607-623.

La afirmación de la independencia de estos delitos y de la supresión de la condición de la existencia de un conflicto armado se viene repitiendo en ciertos instrumentos internacionales recientes (por ejemplo, Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia -art.5- y para Ruanda -art.3-). Y se ha llegado a aclarar que esta emancipación consiste ya en una norma establecida de Derecho internacional consuetudinario; cfr. *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 481 período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Suplemento N1 10 (A/51/1996)..., cit., p. 103.

merado y definido de forma más elaborada que nunca las conductas que deben entenderse por crímenes contra la humanidad³⁹. Al tipificarse expresamente la **desaparición forzada**, el Proyecto se sitúa en línea con la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992*, adoptada a través de la Resolución 47/133 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que parte justamente de la consideración de que la práctica sistemática de las desapariciones forzadas representa un crimen de lesa humanidad⁴⁰. Con base en estos últimos avances, puede expresarse que se echa de menos una previsión explícita de ese tipo de delitos en el Código penal español y que, además, hace poco tiempo se ha desaprovechado una oportunidad para ello, al aprobarse el nuevo Código penal por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, y al hacerse figurar bajo el flamante rótulo del Título XXIV del Libro II (“Delitos contra Comunidad internacional”) menos delitos de los que eran de esperar⁴¹.

³⁹ Se trata de la “comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Tortura; d) Sujeción a esclavitud; e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos; f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población; g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario; h) Encarcelamiento arbitrario; i) Desaparición forzada de personas; j) Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual; k) Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física y mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves”; *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 481 período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Suplemento N1 10 (A/51/1996)... cit., pp. 100 y 101.

⁴⁰ Y de que su comisión afecta los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; cfr. párr. 4 del Preámbulo. Resolución 47/133; *Documentos Oficiales de la Asamblea General... cit.*, pp. 369-373.

La Declaración fue en gran parte el resultado de la larga y ardua labor desarrollada previamente por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Ginebra, creado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1980. Este Grupo, que informa anualmente sobre sus actividades a la Comisión y que desde su establecimiento se ha ocupado de más de cincuenta mil supuestos de desapariciones en más de setenta países, tiene precisamente como una de sus funciones principales la de “garantizar que los Estados cumplan con las obligaciones que les incumben” en virtud de la Declaración de referencia; cfr. “Introducción”, *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, DPI/1709/IIR, Naciones Unidas, Marzo 1997, pp. 1 y 2.

⁴¹ B.O.E. de 24 de noviembre de 1995.

Para empezar, la incorporación de los crímenes contra la humanidad hubiera imprimido al nuevo Título XXIV del Código penal una mayor coherencia interna en una doble vertiente. En primer lugar, de tal modo se dotaría al contenido del Título XXIV de una congruencia con el encabezamiento, que ahora no tiene, puesto que -a pesar de titularse genéricamente “Delitos contra la Comunidad internacional”- sólo contiene tres de entre una posible larga serie de ellos. En segundo lugar, se añadiría otro factor de lógica correspondencia, al reconducir el delito de genocidio a su debida dimensión, esto es, como un crimen contra la humanidad.

Además, dada la envergadura de esta última reforma, que supuso nada menos que la aprobación de un nuevo Código, el legislador tenía que haber estado -más- pendiente de toda la realidad circundante (doctrina, práctica...), nacional e internacional. Seguro que se hubieran introducido más figuras penales. Por ejemplo, del estadio de desarrollo alcanzado por el Derecho internacional consuetudinario en esta materia dan y daban cuenta ciertos obras sobradamente conocidas por la doctrina. Por ejemplo, M.C. BASSIOUNI ha elaborado varias propuestas de Código penal de delitos internacionales. Puede verse *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987. Más accesible todavía es el trabajo del mismo autor editado en nuestro país: *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional* -traducción, notas y anexo de J.L. de la Cuesta Arzamendi-, Tecnos, Madrid, 1984. Allí se recogen, como delitos genuinamente internacionales de conveniente u obligada tipificación: crímenes contra la humanidad, captura de rehenes, actos de interferencia en cables submarinos, etc. Puede verse otra llamada de atención sobre la laguna existente al respecto en J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Delitos contra la Comunidad Internacional”, *Seguridad Nacional - Seguridad Internacional, VIII Seminario “Duque de Ahumada”* (7, 8 y 9 de mayo de 1996), Ministerio del Interior, Dirección General de la Guardia Civil / Universidad Nacional de Educación a Distancia; pp. 55-107, p. 56.

Sin ir más lejos, la incorporación del delito de desaparición forzada hubiera sido de suma utilidad en los casos de que aquí nos ocupamos. Y seguro que hubiera supuesto una mayor justicia formal y material, pues se habría logrado la deseable y obligada concordancia entre el Derecho internacional y el Derecho interno, las conductas delictivas realizadas encajarían perfectamente en un tipo penal⁴² y, por último, la pena se graduaría mejor, ajustándose a la precisas circunstancias de comisión y gravedad de la acción⁴³.

Por supuesto, todavía existían más señales a las que se habría podido hacer caso. Sin ir más lejos, el Dictamen de la Comisión Especial de Investigación del Senado sobre Desaparición de súbditos españoles en países de América, de 1983, instaba al Gobierno (en su conclusión 20) a utilizar: "(...) cuántos medios estén a su alcance, al objeto de que pueda esclarecerse, y en la medida de lo posible repararse, la suerte corrida por los españoles desaparecidos en América" (*vid.*, también, las Conclusiones 30 y 50 -en esta última, el Senado declara que la práctica generalizada de la detención-desaparición supone un crimen contra la humanidad-; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Núm. 35, 1983, pp. 614-637; p.637). Esta demanda de acción se producía en un momento -año 1983- en que, según todo parecía indicar, el Derecho existente era infuciente para hacer algo efectivo al respecto. Consecuentemente, a la vista de ello y si de verdad se aspiraba a satisfacer aquella reivindicación de esclarecimiento de los hechos que habían afectado y que todavía afectaban a españoles en el extranjero y de una reparación de los mismos, habría que introducir nuevas previsiones sustantivas y competenciales para no quedarse en medidas puramente testimoniales. De hecho, hubo más ocasiones: L.O.P.J. de 1985...

⁴² Como alega la C.D.I., refiriéndose a la desaparición forzada, "aunque este tipo de conducta criminal sea un fenómeno relativamente reciente, el presente Código propone su inclusión como crimen contra la humanidad, por su crueldad y gravedad extremas"; *Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 481 periodo de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Suplemento N1 10 (A/51/1996)...., cit., p. 109.

Está claro que los tipos internos actuales en nuestro país son inadecuados e insuficientes. No están diseñados, como hemos visto, de modo que puedan cubrir satisfactoriamente o respetando plenamente el principio de legalidad conductas criminales que, sin embargo, se han repetido por decenas de miles en los últimos años. De haberse cumplido las pautas internacionales, introduciendo en el ordenamiento interno el delito de desaparición forzada a imitación del modelo establecido internacionalmente, se desprenderían varias consecuencias ventajosas.

En primer lugar, no habría que recurrir eventualmente a la aplicación de una suma de varias figuras penales. Creemos que vale la pena reproducir sucesivamente aquí las definiciones que hacen la Declaración de las Naciones Unidas y la Convención interamericana, respectivamente, del delito, porque puede ofrecer preliminarmente la muestra más elocuente del vacío de nuestro ordenamiento al respecto:

"(...) desapariciones forzadas, es decir que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley" (Resolución 47/133, cit., párr. 3 del Preámbulo).

"Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes" (Convención interamericana, cit., artículo II).

En segundo lugar, las previsiones de la *comisión sistemática o en gran escala* y de la *instigación o dirección de estos delitos desde el gobierno* pasarían a formar parte integrante también del tipo penal interno. Tal reconocimiento sería importante en extremo, puesto que esas circunstancias no suponen un escenario accidental cualquiera del delito, sino que tienen el efecto trascendental de determinar la comisión de un crimen contra la humanidad y, por ello, de encerrar la oportuna valoración de un plus sustancial de gravedad.

En tercer lugar, asimismo, se tendría en cuenta, con el mismo efecto que acabamos de ver, la condición de que la desaparición forzada, como cualquier otro crimen contra la humanidad, se comete siempre *contra un grupo de personas*. Para un desarrollo de estos caracteres, *vid. Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 481 periodo de sesiones*, cit. *supra*, pp. 101 y ss.

⁴³ En este punto, puede efectuarse una comparación con la experiencia judicial de Italia, en relación con sus nacionales desaparecidos en Argentina. El procedimiento se inició en 1983 y tras una serie de paralizaciones y avatares (el gobierno argentino obstaculizó en 1994 la actuación de una comisión rogatoria para obtener pruebas; la Fiscalía italiana competente llegó a solicitar en 1995 un sobreesamiento provisional a causa de los problemas habidos), se reimpulsó en 1996 y en julio de 1997 tuvieron lugar las primeras Audiencias Preliminares; cfr. <http://www.derechos.org/lidlip/grusol/>. Pero lo que realmente importa en esta

IV. LOS SUCESOS Y LOS DELITOS DE TERRORISMO: UNA CUESTIÓN INTERMINABLEMENTE ABIERTA

Menos dificultades se presentan, sin duda, de cara a la aplicación del tipo relativo a los delitos de terrorismo. A pesar de ello, el punto de vista del Juez-Instructor en orden a entender producida la comisión de alguno de tales delitos por las Juntas Militares argentinas también habría de ser objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal. La excepción por parte del Ministerio Público se plantearía en este punto desde los dos frentes posibles, el procesal y el sustantivo. Y dentro de este último, al que dedicamos ahora nuestra atención, la objeción iría dirigida a su vez a una doble cuestión: por un lado, hacia una pretendida falta del elemento objetivo referido a la existencia de una banda armada o grupo terrorista; por otro lado, hacia una pretendida ausencia del elemento teológico que debe animar la comisión de los delitos de terrorismo en virtud del Derecho penal español, esto es, la concurrencia de la intención de “subvertir el orden Constitucional o alterar gravemente la paz pública”. Según nuestro criterio, ambos reparos habrían sido solventados acertadamente en la Instrucción judicial.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, es decir, la relativa a la ausencia de una banda armada o de una organización terrorista, se contesta desde la Instrucción alegando la posible aplicación del vigente art. 577 del Código penal (equivalente al antiguo art. 174 bis b)) que parte de la premisa de la inexistencia de tal banda, y que por tanto permitiría obviar aquella exigencia. Pero además, se descubre la posible viabilidad de identificar, llegado el caso, el elemento de la necesaria organización terrorista o banda armada con la estructura militar argentina que detentaba el poder⁴⁴.

Y en fin, abreviando sobremanera, la segunda cuestión apuntada, que figuraba igualmente en la cuestión de jurisdicción planteada por el Ministerio Fiscal, se replica al hilo de la Instrucción judicial con el argumento de que la inexistencia del elemento subjetivo requerido no es cierta, toda vez que el mismo “no debe entenderse como orden

sede es saber a qué tipo penal se recurrió durante la fase de la actuación judicial instructora, toda vez que en abstracto las acciones de que fueron víctimas los ciudadanos italianos fueron semejantes a las sufridas por los españoles. Sin embargo, no se operó con el tipo del delito de genocidio, sino con el “delitti politici commessi all'estero”; *vid.* un amplio comentario sobre el particular, en G. MANIGA, “Note sul Procedimento Penale sui Dispariti Italiani in Argentina”, KO'AGA ROÑE'ETA se.iii (1997); <http://www.derechos.org/koaga/iii/maniga.html>.

⁴⁴ Auto de 25 de marzo de 1998 del Juzgado Núm. 5, RAZONAMIENTO JURÍDICO DECIMOTERCERO.a).3.).

Cabe añadir, en cualquier caso, que si bien en el nuevo Código penal de 1995 se realiza una nueva categorización expresa de las organizaciones o grupos terroristas como asociaciones ilícitas (arts. 515.21 y 516), remediando así un importante descuido de la normativa anterior, continúa existiendo el imperdonable vacío que significa la ausencia de un concepto de banda armada, organización o grupo terrorista. Tal como expusimos en otro lugar, nos parece una deficiencia inexcusable no sólo porque alrededor de aquellas figuras giran todos los demás tipos penales conexos con los delitos de terrorismo, sino porque aquella falta ya había sido denunciada por la doctrina penalista interna (cfr. ABAD CASTELOS, M., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, *A.D.P.C.P.*, 1997, Vol. 1, en prensa). Y, en efecto, aquella imprevisión había motivado merecidas críticas, tan duras, como la que venía a imputar al precepto anterior el no ser respetuoso con el principio de legalidad (TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 39). Lo importante ahora es advertir que nuestro T.C. ha entendido que el concepto de bandas armadas debe interpretarse restrictivamente y en relación con el de elementos terroristas, tal y como se menciona en el artículo 55 de la Constitución (Sentencia 199/87, de 26 de diciembre, *BJC*, Cortes Generales, Núm. 81, enero 1988, pp. 5-33, Fundamento Jurídico Núm. 4, p. 22). También es conveniente indicar aquí que, también a la luz de la jurisprudencia del T.C., el terrorismo característico de nuestro tiempo se manifiesta como “una actividad propia de organizaciones o de grupos, de ‘bandas’, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas” (Sentencia, cit. *supra*, *ibidem*).

constitucional o paz pública españolas por cuanto ello impediría la persecución de todo delito cometido fuera de España en abierta contradicción con la vocación universal proclamada por el art. 23.4 de la L.O.P.J. Por el contrario, ha de referirse a un orden constitucional equivalente al español, es decir, el que exige que el Estado sea Social y democrático de Derecho (...)”⁴⁵. Ciertamente, el razonamiento jurídico ofrecido en esta respuesta parece irrefutable⁴⁶. Aun así, o precisamente por ello, quizá sea oportuno apuntar aquí que existen, por supuesto, otros posibles modos de argumentación y, por consiguiente, de solución, aunque probablemente ninguno pacífico. La razón fundamental es que, sin duda, el terrorismo es una de las *cuestiones* más controvertidas en el Derecho nacional y en el internacional, hasta el punto de que en este último ordenamiento ni tan siquiera existe un *concepto*⁴⁷. Además, en cualquiera de ambas clases de órdenes jurídicos, el área más *gris* y polémica en lo atinente a estas cuestiones, en abstracto y en concreto, tiene que ver con la complejidad de desentrañar y valorar el elemento subjetivo que siempre anida en los actos de terrorismo. En esta dirección, es apropiado señalar aquí que otro de los principales terrenos *movedizos* en todo este tema se refiere a la distinción, tal como estamos comprobando en la teoría jurídica y también a la hora de su aplicación práctica, entre el *terrorismo de Estado* y el *terrorismo indivi-*

⁴⁵ “(...), que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, que proclama el art. 1 de nuestra Constitución. Es decir, precisamente el que se cercenó de forma ilegal e ilegítima por las Juntas Militares con el Golpe de Estado en Argentina el 24 de marzo de 1976. Por tanto, puede afirmarse que tal actuación delictiva en si misma considerada, constituye el primer atentado a la paz pública y al orden constitucional argentino, y, determina que el elemento teleológico concurre en toda su extensión”; Auto de 25 de marzo de 1998 del Juzgado Núm. 5, RAZONAMIENTO JURÍDICO DECIMOTERCERO.a).1.).

⁴⁶ Sobre todo, tiene la virtud de que realmente zanja la cuestión, porque si la intención del legislador hubiera sido otra, la previsión competencial para los Tribunales españoles la hubiera ubicado, seguro, en el artículo 23.3. de la L.O.P.J., es decir, en la sede relativa al principio de protección real, junto con los delitos de traición, contra la paz o independencia del Estado, rebelión o sedición, los atentados contra autoridades o funcionarios públicos españoles, etc.

⁴⁷ Aun a riesgo de ofrecer una panorámica en exceso simplista por lo que se refiere al *Derecho penal español*, puede decirse que sólo en el período post-constitucional ha habido diferentes *conceptos* de terrorismo, que han operado con distinta fortuna (en lo que se refiere, por ejemplo, al examen efectuado por la doctrina, jurisprudencia o, incluso, ante el T.C.). De hecho, en desarrollo de la disposición contenida en el artículo 55.2 de la C.E. se han adoptado varias Leyes Orgánicas: L.O. 11/1980, de 1 de diciembre (B.O.E., núm. 289, de 2-12-1980; L.O. 2/1981; L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55 de la Constitución (B.O.E. núm. 3 de 3-1-1985); L.O.3/1988 de reforma del Código penal (B.O.E. núm. 126 de 26-5-1988). Por último, el grueso de las normas referidas al terrorismo actualmente vigentes han sido introducidas a través de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, cit., a través de la cual se ha procedido a la aprobación del nuevo Código penal (los arts. 571-580, son ahora los referidos a los delitos de terrorismo). Sobre toda la evolución o etapas concretas, existe una abundante bibliografía. Puede verse, a modo de síntesis, GARCÍA SAN PEDRO, J., *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, U.C.M. / Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993 y toda la bibliografía que allí se recoge.

Y, efectivamente como hemos dicho, en el *Derecho internacional penal* ni se cuenta con un concepto de carácter convencional con una proyección universal (si existiera, se habrían evitado bastantes problemas). Los Estados nunca se han llegado a poner de acuerdo al respecto. Lo cual, naturalmente, no significa que no lo hayan intentado. Sobre ello, podría consultarse una casi infinita literatura jurídica, documentación, trabajos preparatorios de tratados internacionales, etc. Por razones de economía espacial, hacemos un cómodo envío sólo a unos pocos trabajos sobre la materia que, para nosotros, son por distintos motivos de consulta obligada: CASSESE, A., “The international community’s legal response to terrorism”, *I.C.L.Q.* Vol. 38, Part 3, July 1989, pp. 589-608; FRANCK, T.M. “International legal action concerning terrorism”, *Terrorism: An International Journal*, Vol. 1, 1978, pp. 187-197; *id.*, “Porfiry’s proposition: the Role of Legitimacy and Exculpation in combatting Terrorism”, *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Yoram Dinstein Editor, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1989, pp. 149-195; GILBERT, G., “The ‘Law’ and Transnational Terrorism”, *N.Y.I.L.*, Vol. XXVI, 1995, pp. 3-32; LABAYLE, H., “Droit international et lutte contre le terrorisme”, *A.F.D.I.*, Vol. XXXII, 1986, pp. 105-138.

dual. De hecho, no escasea la opinión que ve un carácter esencialmente opuesto en los objetivos perseguidos por uno y otro tipo de terrorismo⁴⁸.

Uno de los factores que han llegado a determinar que se acrecienten las dificultades en este ámbito a ojos de la doctrina es que los delitos de terrorismo se caracterizan primordialmente en nuestro ordenamiento por dirigirse en contra del Estado, el orden constitucional y las autoridades constituidas⁴⁹. No falta razón al hacer este tipo de consideraciones. Aun así, tal vez podría atenuarse este pesimismo con otros planteamientos. Desde este punto de vista, una oposición radical entre un supuesto tipo de terrorismo individual y otro de Estado no parece en absoluto clara. De existir realmente una serie de elementos diferenciadores teóricos en abstracto y teniendo en cuenta que en uno u otro caso se cometen igualmente violaciones del Derecho -interno e internacional-, a ambos tipos de terrorismo podría aunarles una intención siempre presente de generar una *desestabilización* y, desde luego, la violación de un orden constitucional, a la vez que cabe añadir que los actos de terrorismo se pueden dirigir contra el Estado también desde el propio Gobierno⁵⁰. Y en cualquier caso, sea cual sea el espíritu último que late en las disposiciones de nuestro ordenamiento relativas al terrorismo, si tanto cuesta descubrirlo y apreciarlo será porque seguramente el principio de legalidad no se vea transgredido por la aplicación de sus tipos penales a las acciones cometidas desde la misma infraestructura gubernamental. Eso sí, sobra decirlo, las conductas materiales tendrían que encajar íntegramente en los tipos penales previstos. Los supuestos de hecho que aquí estudiamos parecen hacerlo.

Por último, las objeciones que plantean que los tipos previstos en nuestro Código penal sólo tendrían aplicación cuando el objetivo último fuese, asimismo, nuestro propio orden constitucional o la paz pública española, podrían contestarse con otros considerandos que contrarrestaran su efecto ¿Por qué razón las normas penales sustantivas españolas habrían de contemplar tan sólo los actos de terrorismo cuya finalidad fuera trastornar el orden público *español*? Varias razones parecen abogar en contra. En ninguna de las disposiciones actualmente vigentes relativas a los delitos de terrorismo (Libro II, Título XXII, Capítulo V, Sección 2) aparece referencia alguna al orden constitucional *español*, mientras que concreciones de tal índole sí aparecen, por ejemplo, en preceptos contenidos en los Títulos inmediatamente anterior⁵¹ y posterior⁵². Es más, en la parte del articulado relativa a los delitos de terrorismo se llega incluso a reconocer un

⁴⁸ En este sentido, es relativamente sencillo encontrar explicaciones que sostienen que mientras en el terrorismo estatal se recurriría a la comisión de los actos delictivos para afianzar o acrecentar el poder y la autoridad del Estado, el terrorismo practicado por personas, grupos u organizaciones privadas buscaría lo contrario, esto es, la subversión, la desestabilización del orden social y político establecido; cfr. esta caracterización en N. GAL-OR, *International Cooperation to Suppress Terrorism*, Croom Helm, London, 1985, pp. 1 y 2.

⁴⁹ Cfr. J. A. GONZÁLEZ VEGA (quien sigue para resaltar tal especificación a M. COBO DEL ROSAL -dir.-, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, III, Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado*, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 400 y ss.), "La Audiencia Nacional contra la impunidad...", cit., p. 288.

⁵⁰ Si nos fijamos, por ejemplo, la descripción que de la actividad terrorista hizo en una ocasión el T.C. español sirve para dar cobertura por igual a los dos supuestos tipos de que venimos hablando. Así, algo congénito al terrorismo sería "el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva" (Sentencia 199/87, cit., Fundamento Jurídico Núm. 4, p. 22).

⁵¹ Título XXI, Capítulo VI ("De los ultrajes a España"), art. 543: "Las ofensas o ultrajes (...) a España (...)".

⁵² Título XXIII ("De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del estado y relativos a la defensa nacional"), Capítulo I ("Delitos de traición"), artículo 581 ("El español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España..."); Capítulo II ("Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado"), art. 589 ("El que publicare o ejecutare en España...").

cierto efecto a las sentencias extranjeras en esta materia⁵³. Además, retomando otro argumento visto antes, si el único orden constitucional protegido por nuestro ordenamiento en materia de terrorismo fuera el español, lo lógico hubiera sido prever la competencia jurisdiccional española en otro lugar. Concretamente, tendría que haberse establecido en el art.23.3 de la L.O.P.J., es decir, en sede del principio de protección, debido a que su razón de ser radica, precisamente, en la salvaguarda del propio Estado. Y, por ende, ha de entrar en juego cuando importantes intereses *nacionales* se hayan visto dañados o amenazados⁵⁴.

V. LOS PROBLEMAS DE CARÁCTER FUNDAMENTALMENTE COMPETENCIAL

La Audiencia Nacional española puede encontrarse también con serios contratiempos de tipo competencial. En concreto, por ejemplo, el Ministerio Fiscal ya ha sostenido formalmente la falta de jurisdicción del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en relación con los delitos perpetrados fuera del territorio nacional por extranjeros⁵⁵. El Ministerio Fiscal objeta la aplicación del principio de jurisdicción universal⁵⁶. Los motivos para plantear tal excepción en este aspecto se basan fundamentalmente en dos órdenes de razones conectados entre sí: (aparte, como hemos visto, de considerar que los hechos no son constitutivos de genocidio ni de terrorismo) de un lado, la Ley del Poder Judicial de 1870 no conferiría competencia extraterritorial a los Tribunales españoles ni en materia de genocidio ni de terrorismo; de otro lado, el artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 excluiría la competencia de los Jueces y Tribunales españoles, al prescribir de forma expresa y alternativa la aplicación del principio de jurisdicción territorial o la actuación de una corte penal internacional competente (que hasta la fecha, como se sabe, no se ha llegado a crear). Ambos razonamientos fueron de nuevo replicados, a nuestro juicio acertadamente, por el Juez-Instructor. En primer lugar, no habría ninguna necesidad de acudir a la aplicabilidad de la Ley de 1870 vigente en el momento de la comisión de los hechos, sino a la L.O.P.J. de 1985. Esta última es, lógicamente, la norma que debe regir por tratarse de una ley *procesal* y ser aplicable, por tanto, a los procedimientos iniciados y tramitados

⁵³ En el art. 580 se dispone que “en todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia”.

⁵⁴ Puede verse un desarrollo de la fundamentación y contenido de este principio, entre otros, en J.J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, Ed. Colex, Madrid, 1990, pp. 133 y ss.

⁵⁵ Se recogen en los Autos de dicho Juzgado de 10 de junio de 1996 y de día 28 del mismo mes y año; pueden consultarse en el Anexo de Documentación que figura en el *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 13, 1997, pp. 517-536.

⁵⁶ Este principio, establecido en el art. 23. 4 de la L.O.P.J., concede 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:

- a) Genocidio
- b) Terrorismo
- (...)

g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

posteriormente a su entrada en vigor, en virtud del principio *tempus regit actum*⁵⁷. En segundo lugar, al endeble argumento del presunto bloqueo que la Convención de 1948 supondría para el ejercicio de la jurisdicción universal, se responde en el curso de la Instrucción del caso con varios considerandos llenos de razón⁵⁸.

A. El derecho de invocar el principio de competencia universal sobre los delitos de *genocidio* y de *terrorismo*

Pero verdaderamente, aun en caso de vencer todos los obstáculos vistos hasta aquí, todavía percibimos graves problemas por resolver. Todos ellos conectados, a partir de ahora, con los límites de la virtualidad práctica de los principios de competencia penal, con el juego de distintas normas procesales y con factores indudablemente políticos. Pero vayamos por partes, porque, sin abandonar la cuestión del principio de jurisdicción universal, puede decirse que a su empleo se le han buscado impedimentos que, desde nuestro punto de vista, no dejan de ser infundados⁵⁹. Es cierto que la única base de jurisdicción estatal vinculante prevista en el art. 6 de la Convención de 1948 es la de carácter territorial⁶⁰, también que ni Argentina ni Chile han ejercido o cumplido tal *derecho-obligación* de establecer su competencia penal sobre tan abominables hechos y que, en definitiva, un recorrido por todas las disposiciones de la Convención de 1948 nos muestra que no se establece ni un principio de competencia universal en sentido estricto (es decir, la obligación del Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto autor del delito de someter el caso a sus autoridades competentes) ni la obligación alternativa de *aut dedere aut judicare* (esto es, el deber de optar entre remitir el asunto al poder judicial o extraditar al presunto autor del delito)⁶¹. Pero lo que nos interesa destacar es

⁵⁷ Y al respetar plenamente la aplicación de este principio, en este caso, el contenido del artículo 9.3 atinente a la prohibición de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables; cfr. Auto de 25 de marzo de 1998, cit., RAZONAMIENTO JURÍDICO DÉCIMO. Ciertamente, lo normal es que las normas de carácter procesal rijan los procedimientos que se incoen tras su entrada en vigor, aunque éstos puedan referirse a hechos acaecidos o acciones cometidas con anterioridad a aquella fecha. Está claro, que tales situaciones no implican ningún efecto retroactivo de la ley procesal en cuestión.

⁵⁸ A saber: la inexistencia de cualquier tipo de conflicto jurisdiccional, al no existir la corte penal internacional prevista ni haber asegurado los Tribunales argentinos la persecución de los hechos; el reconocimiento por la doctrina de la vigencia directa del principio universal; o la imposibilidad de incurrir en una violación de la Convención cuando la ley o la actuación interna concede aún mayor protección; cfr. y *vid.* más desarrollo en Auto, cit., *ibidem*, RAZONAMIENTO JURÍDICO DÉCIMO.

⁵⁹ Junto a las objeciones provenientes del Ministerio Fiscal, vistas *supra*, cabe encontrar otros reparos doctrinales que profundizarían, todavía más, en aquella dirección. Para J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, nuestro país habría renunciado a la jurisdicción sobre el delito de genocidio (dato que, siempre según este autor, habría olvidado el legislador español al incluir la previsión del delito de genocidio en el art. 23.4 de la L.O.P.J.) al convertirse en parte de la Convención de 1948, al conformarse obligatoriamente así con la jurisdicción propia del Estado territorial, siempre que este último también sea parte en dicho instrumento (como sucedería en el caso argentino y en el chileno). De este razonamiento, a su vez el autor infiere que la competencia española del art. 23.4. quedaría reservada para los delitos de genocidio cometidos en Estados no parte en la Convención de 1948, pretendiendo fundar tal idea en la prevalencia del tratado internacional sobre la ley interna. Cfr. *loc. cit.*, pp. 7 y 8. Para sortear tal supuesta imposibilidad, el autor propone la denuncia de la Convención por parte española; cfr. *ibidem* y *vid.* sus conclusiones, en *ibidem*, pp. 11 y 12. Por las razones que exponemos a continuación, a lo largo de la exposición del texto principal, no podemos estar de acuerdo con un planteamiento como éste.

⁶⁰ Junto con una previsión paralela de competencia para un tribunal penal internacional respecto de aquellas Partes que hayan reconocido su competencia, pero que nunca se ha llegado a instaurar.

⁶¹ Y, en este sentido, es destacable la diferencia existente entre el mecanismo competencial previsto en la Convención de 1948 y el régimen de persecución universal estipulado, en la mayoría de las Convenciones que conforman el entramado fundamental del Derecho internacional penal. En particular, por ejemplo, llama la atención, la diferencia habida en este sentido con el sistema previsto en el IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, elaborado tan sólo un año más tarde, para las violaciones graves del mismo (B.O.E. núm. 246, de 2 de septiembre de 1952).

que, como sucede en otros ámbitos, los principios de competencia estatal de carácter penal tienen en el Derecho internacional una doble existencia, cada una de ellas autónoma y separada: en el ordenamiento convencional y en el consuetudinario⁶².

En este orden de cosas, la *facultad* o el *derecho* estatal de establecer la competencia penal respecto del genocidio, recurriendo al principio de universalidad, sobre la base del Derecho internacional consuetudinario ha venido siendo defendida en los últimos años por la doctrina⁶³. Ello tiene gran importancia, porque el Derecho internacional consuetudinario permite establecer este tipo de jurisdicción respecto de muy pocos delitos, sólo excepcionalmente. De forma más precisa, únicamente procede la invocación del principio, para aquellos delitos que afecten gravemente a valores esenciales de la Comunidad internacional, como los crímenes de guerra, tráfico de esclavos, la piratería o ciertos actos de terrorismo internacional, como por ejemplo aquéllos que consisten en el apoderamiento ilícito de aeronaves. En consecuencia, si un Estado pretendiera extender su competencia sobre una acción delictiva que, aun constituyendo un delito propiamente internacional, no hubiera sido acogido entre las desencadenantes de la jurisdicción universal, cometería un acto internacionalmente ilícito. Por todo ello, en el caso que nos ocupa, podría decirse que nuestro país no se habría extralimitado, en principio, puesto que las actuaciones judiciales instructoras en curso encuentran apoyo en el artículo 23.41 de la LOPJ que, en este punto, no ha hecho más que acoger la posibilidad que le brindaba el Derecho internacional general.

Recapitulando hasta aquí, puede decirse que España tendría el **derecho** y no el **deber** de ejercer su competencia penal en los presentes supuestos ejerciendo el principio de jurisdicción universal. Pero sólo tendría tal derecho si las calificaciones aportadas en la Instrucción judicial, como delitos de genocidio y de terrorismo, pudieran mantenerse. De lo contrario, a la luz del art. 23.41 de la L.O.P.J. sólo existiría competencia sobre los delitos susceptibles de insertarse en el último inciso g) del mismo párrafo (“y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido

⁶² Esto quiere decir que un tratado internacional puede tener, póngamos por caso, el efecto de *imponer* a un Estado el ejercicio de una base de competencia que el Derecho internacional consuetudinario sólo *permite* a todos los demás Estados o que *ni siquiera autoriza* a otros muchos. En esta línea, puede decirse que la Convención de 1948, contiene determinadas disposiciones que parecen apuntar hacia una obligación genérica de castigar a los autores de este delito, cualquiera que sea el tiempo en que se hubiera cometido. Sin embargo, debe entenderse que la indeterminación e imprecisión de que adolecen dichos preceptos no permite afirmar que el *derecho* que reconoce a la jurisdicción española nuestra L.O.P.J. se convierta en un *deber* o en una *obligación* desde la perspectiva del ordenamiento jurídico internacional. En efecto, las únicas disposiciones que emplean un lenguaje vinculante al referirse directa o indirectamente a la sanción del delito son las contenidas en los artículos 1, 4, 5 y 6. El artículo 1 tan sólo incorpora un compromiso genérico y, en cualquier caso, *confirmatorio* de que las Partes prevendrán y sancionarán el genocidio en cuanto constituye un delito de Derecho internacional. El artículo 4, al establecer que “las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3 serán castigados, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”, no hace más que reafirmar la articulación de un sistema de responsabilidad internacional individual. Y, por último, el artículo 5, al disponer la obligación de los Estados partes de adoptar “las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables (...)”, tan sólo viene a preparar el camino, a imponer el deber necesario y previo para el ejercicio de la competencia penal sobre la base de jurisdicción que se concibe convencionalmente como obligatoria, es decir, la de carácter territorial.

⁶³ Entre otros, puede verse M. AKEHURST, “Jurisdiction in International Law”, *B.Y.I.L.*, Vol. XLVI, 1972-73, pp. 145-257; pp. 160-166; S. SUCHARITKUL, “International terrorism and the problem of jurisdiction”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 14, Number 2, Winter 1987, pp. 141-181; pp. 171 y 172; J.J. Díez SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 174.

en España”)⁶⁴. En cualquier caso, en nuestra opinión, la jurisdicción española puede desempeñarse en estos casos *sólo* sobre la base del principio de competencia universal, de conformidad con el artículo 23.41 de la Ley de 1985⁶⁵.

⁶⁴ Obsérvese que el texto de la disposición dice *deba* y no *pueda*. En cualquier caso, para los delitos de *tortura*, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (*B.O.E.* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987) establece el principio de jurisdicción universal en su art. 5.2. En este sentido, es de señalar aquí que el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas realizó un reconocimiento formal y expreso de la competencia española sobre estos asuntos, el 22 de noviembre de 1997 (<http://www.derechos.org/nizkor/press/arg11.html>). Por supuesto, además, el Derecho internacional general reconoce competencia a cualquier Estado para perseguir las *desapariciones forzadas* y los restantes crímenes contra la humanidad. Sin embargo, estimamos que el estricto juego del principio de legalidad en el Derecho penal interno truncaría tal oportunidad.

⁶⁵ No sobre el *principio de personalidad pasiva*, como se ha podido leer en medios de comunicación escrita o en ciertos instrumentos. Este principio, por ejemplo, es referido expresamente como fundamento de la jurisdicción española (junto al principio universal) para conocer de las causas por los presuntos delitos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena en el Documento presentado por la Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su 541 período de sesiones (*vid.* en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/t81.html>). A diferencia de otros países de nuestro entorno cercano (Francia o Italia), el Estado español no ha incorporado en su ordenamiento la posibilidad de establecer su competencia penal sobre los hechos cometidos contra españoles en el extranjero. Para una visión esencialmente defensora de las virtudes de este principio, puede verse G.R. WATSON, “The Passive Personality Principle”, *Texas International Law Journal*, Vol. 28, Number 1, Winter 1993, pp. 15-22. Para una revisión crítica, incluso corrosiva, y desde luego más realista, vale la pena leer el trabajo de A. ABRAMOVSKY, “Extraterritorial jurisdiction: the United States unwarranted attempt to alter international law in *United States v. Yunis*”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 15, Winter 1990, pp. 121-161.

De todas formas, a pesar de que nuestra L.O.P.J. no establezca explícitamente el principio de personalidad pasiva en ninguno de los párrafos de su art. 23, se ha interpretado que el mismo podría considerarse implícitamente recogido o al menos buscarse una cabida en el art. 23.4.g) de la Ley de 1985, que deja una puerta abierta a la extensión de la competencia de la jurisdicción española. Ésta es una idea avanzada por J. GARCÉS, abogado de la acusación por los españoles afectados en Chile (en un encuentro enormemente enriquecedor para la autora de este trabajo y cuya amable disponibilidad para recibirnos queremos agradecer aquí). No obstante, creemos que a este sugestivo argumento se le podría ver el inconveniente de que el resquicio que abre el último inciso del párrafo cuarto del art. 23 parece estar dirigido hacia una ampliación de índole sustantiva, es decir, sólo para la cobertura de nuevos delitos.

En cualquier caso, la existencia de anteriores razones nos movería a desaconsejar la invocación del principio de personalidad pasiva por la jurisdicción española, al menos mientras no existiese un título jurídico explícito para ello en la L.O.P.J. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta el incierto asentamiento que el principio en cuestión todavía tiene en el Derecho internacional consuetudinario, lo cual haría conveniente que su empleo se produjese sólo cuando contase con una apoyatura clara en algún tratado internacional, además de, por descontado, también en el ordenamiento interno (una buena idea de la relativa indefinición del ordenamiento jurídico internacional al respecto, en que se halla inmerso el principio, puede extraerse, por ejemplo, de C.L. BLAKESLEY, *Terrorism, Drugs, International Law, and the Protection of Human Liberty*, Transnational Publishers, Inc., Ardsley-on-Hudson, New York, 1992, pp. 131-137 y de F.A. MANN, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Recueil des Cours*, 1964-I, pp. 9-162; pp. 91-93). En segundo lugar, son pocas las Convenciones internacionales que incluyen específicamente este principio. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, desde luego, no lo incorpora. Y, en lo que se refiere a las Convenciones internacionales referentes a distintos aspectos del terrorismo, sólo puede verse una inclusión clara, aunque con carácter opcional en la Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979 y en la Convención de Roma para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988 (*B.O.E.* núm. 162, 7 de julio de 1984 y *B.O.E.* núm. 99, de 24 de abril de 1992, respectivamente). Puede observarse tal vez otra posible previsión, pero en combinación con el principio de protección en el art. 3.1.c) de la Convención de Nueva York sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra la personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973 (*B.O.E.* núm. 33, de 7 de febrero de 1986). En tercer lugar, aún existen grandes polémicas sobre cuáles son, en realidad, las condiciones a cumplir para ejercer lícitamente este principio. Por ejemplo, ¿es necesario que las víctimas, que el Estado intenta proteger, aplicando el principio, se hayan convertido en tales en razón de su nacionalidad? Si la respuesta fuera positiva, no haremos más que efectuar un recordatorio de las dudas existentes para proceder a la aplicación del delito de genocidio por una razón similar: la incierta conformación por las víctimas de un grupo *nacional*. En cuarto lugar, el principio no goza en general de buena

B. El requisito de la presencia del presunto autor del delito en el territorio estatal

Ha de advertirse, por otra parte, que tanto el Derecho internacional consuetudinario como el convencional conciben el principio de jurisdicción universal con un marcado carácter *subsidiario* o *secundario*. La competencia penal sólo puede ser ejercida, por tanto, sobre la base de este principio cuando los Estados que poseen un vínculo más directo con el delito, como puedan ser el territorial o el de nacionalidad (que aquí coinciden), no establezcan su jurisdicción⁶⁶. Pero además, con fundamento en este propio carácter subsidiario, o como un efecto derivado del mismo, el principio de universalidad parece habilitar al ejercicio de la competencia penal *sólo al Estado en cuyo territorio se encuentre o se halle el presunto autor del delito*.

Este requisito de la presencia de los presuntos autores del delito en el territorio del Estado que aspira a declararse competente aparece establecido expresamente en el Derecho internacional convencional de carácter penal relativo tanto al Derecho internacional humanitario como a los distintos aspectos del terrorismo internacional⁶⁷. Así consta igualmente en los estudios realizados sobre la cuestión en prestigiosos foros doctrinales internacionales, que vienen a afirmar la exigencia de dicha circunstancia con contundencia. En realidad, puede decirse que la formulación del requisito de la presencia del presunto autor del delito en el territorio del Estado que se propone hacer valer su jurisdicción sobre un fundamento de justicia universal siempre ha ido unido al principio en su entera trayectoria vital⁶⁸. La finalidad de esta base competencial es colmar

prensa entre la doctrina (por ejemplo, J.J. DÍEZ SÁNCHEZ le niega cualquier apoyo legitimador en su *op. cit.*, “no ya por lo que tiene de garantista y hegemónico, cuanto por lo que representa de indeseable desprecio del Derecho extranjero” -p. 141-), quizá porque en ocasiones se haya utilizado de forma abusiva e incluso prepotente (a este respecto, el caso de *United States v. Yunis* podría ser paradigmático; un comentario sobre el mismo, puede verse en los trabajos de ABRAMOVSKY, BLAKESLEY o WATSON, citados *supra* o en nuestra monografía *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional (obligaciones estatales previas, coetáneas y posteriores a la comisión del delito)*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1997, pp. 143-149).

⁶⁶ El principio de universalidad tiene el fin de evitar que se produzcan lagunas o vacíos de jurisdicción, debido a la gravedad del delito. Para ello, parte precisamente de la asunción de que al suponer un ataque contra los intereses generales universalmente compartidos, constituye también un ataque desde la perspectiva estatal individualmente considerada.

⁶⁷ *Id.*, por ejemplo, el IV Convenio de Ginebra (de 1949, cit.) la Convención de La Haya de 1970 para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (*B.O.E.* núm. 13, de 15 de enero de 1973), de Montreal de 1971 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (*B.O.E.* núm. 9, de 10 de enero de 1974), de Nueva York (de 1973, cit.) de Roma (de 1988, cit.) o la Convención contra la toma de rehenes (de 1979, cit.). En todos estos instrumentos se recoge esta limitación, redactada en términos muy semejantes. Por ejemplo, en el art. 5.2 de la última Convención citada se afirma la obligación de cada Estado parte de adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos en cuestión, sólo “en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio”. Tal percepción parece deducirse también claramente a la luz de los trabajos preparatorios de aquellas Convenciones; puede verse una referencia a ellos en nuestro trabajo *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

⁶⁸ Sirvan como paradigma, las aclaraciones ofrecidas por la Harvard Research en su Proyecto sobre la jurisdicción de los Estados: “the principle (...) may be invoked *only* if the alien is present in a place subject to the authority of the States assuming jurisdiction (...). *The presence of the accused provides the basis for jurisdiction*; “Harvard Research in International Law, “Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime”, *A.J.I.L.*, Vol. 29, Supp., 1935, pp. 437-635; art. 10, p. 582 (la cursiva es añadida). Pueden verse otros comentarios a esta misma disposición en las pp. 440-441.

También en el art. 7 de la Resolución sobre Derecho internacional penal, adoptada por la Conferencia para la Unificación del Derecho Penal el 5 de noviembre de 1927, puede leerse, en relación con los “Delits du droit des gens”: “Tout autre crime ou délit commis à l'étranger, par un étranger, pourra être puni dans le pays (...) dans les conditions prévues aux articles précédents, *si l'agent se trouve sur le territoire de l'Etat (...)*” (la cursiva es añadida), *Conférence Internationale d'Unification du Droit Pénal*, en *Actes*

anticipadamente las potenciales lagunas de jurisdicción que pudieran producirse por una huida a través de las fronteras y evitar que un delito grave quede impune debido a que el Estado en cuyo territorio vaya a parar el presunto autor no tenga título alguno de jurisdicción que hacer valer. Todo parece indicar, por tanto, que el único vínculo con el delito que el Derecho internacional exige al Estado que se propone desempeñar su jurisdicción es la simple *presencia del acusado en su territorio*. De hecho, la propia expresión con que frecuentemente se denomina al Estado que tiene el título para invocar este principio puede ser todavía más elocuente al respecto: Estado *de refugio* o Estado *de custodia*⁶⁹.

Sin embargo, esa condición no se ha precisado en nuestra L.O.P.J. ¿ha de sobreentenderse, por tanto, su exigencia? Dado que no hay ningún tratado internacional directamente aplicable en estos asuntos que establezca tal deber, el *quid* residiría en confirmar que el Derecho internacional general vincula efectivamente a ello. Pero las oscuridades existentes en aquel sector del ordenamiento jurídico internacional quizá empujen a correr, una vez más, un tupido velo⁷⁰.

En consecuencia, aun partiendo de que el establecimiento de un principio de competencia universal un tanto *desnaturalizado* en nuestro ordenamiento interno no le restara validez desde un ángulo jurídico internacional, ha de afirmarse que si bien es cierto que nuestro *Derecho interno* no parece exigir la presencia del presunto autor del delito en el territorio nacional cuando se inicia la fase judicial instructora sobre la base de la competencia universal, también es verdad que nuestro mismo ordenamiento sí exige, en cambio (aunque no sea durante la fase judicial de instrucción), la presencia del

de la Conférence, Varsovie, 1-5 Novembre 1927, I, p. 131. Igualmente, el I.D.I. en su sesión de 1931 en Cambridge, al reafirmar el principio de universalidad respecto de los *delicta iuris gentium*, sostenía la misma premisa básica: "Tout Etat a le droit de punir des actes commis à l'étranger par un étranger découvert sur son territoire (...)"; art. 5 de la Resolución sobre el Conflicto de Leyes Penales con respecto a la Competencia", 31 de julio de 1931, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, II, 1931, p. 235.

⁶⁹ Sólo a título de ejemplo, puede verse S. SUCHARITKUL, *loc. cit.*, p. 161. Por su parte, S.A. TIEWUL se refiere explícitamente al requisito de que la persona acusada en virtud de tal principio de competencia se encuentre al alcance de las autoridades judiciales del Estado; cfr. "Terrorism: a step towards international control", *Harvard International Law Journal*, Vol. 14, 1973, pp. 585-595. Es más, incluso podría argumentarse que si tal presencia dejara de mantenerse, a causa de la huida del presunto autor, tal Estado no conservaría ya el título de jurisdicción, que pasaría así a manos del nuevo Estado de refugio.

⁷⁰ Al fin y al cabo, también podría razonarse que las diferencias habidas entre las soluciones proporcionadas en los sistemas penales de los distintos Estados, en lo que se refiere, por ejemplo, a la permisión o no de los procesos criminales en ausencia de los acusados, hayan frustrado la formación de cualquier posible norma consuetudinaria que pudiese contemplar un requerimiento de presencia, como del que estamos hablando.

Además, por otra parte, la aplicación del principio de universalidad no ha dejado de suscitar polémicas, máxime si se tiene en cuenta que su invocación tiene lugar en contadísimas ocasiones. En uno de estos trances, la controversia llegó, con razón, al límite. Fue con ocasión de un célebre caso: *United States v. Yunis* (681 F. Supp., 1988). En él, la jurisprudencia estadounidense interpretó (y la inmensa mayoría de la literatura jurídica publicada por la doctrina de igual nacionalidad sobre el caso, lo justificó y avaló) que, aunque debe partirse de la necesaria premisa de la presencia del presunto delincuente en el territorio nacional (que exigía literalmente, además, la Ley interna en aplicación del título previsto por una norma convencional), la expresión "is found" ¡incluye los casos en que el acusado haya sido capturado por la fuerza en el extranjero y conducido posteriormente a territorio estadounidense! (los signos de admiración son añadidos). No hay lugar aquí para más comentarios. Pero si se desea conocer el asunto más de cerca, a través de dos visiones antagónicas sobre el mismo (la primera, en defensa del modo de su resolución, y, la segunda, en las antipodas), pueden verse P.B. HEYMANN, "International Cooperation in Dealing with Terrorism: A Review of Law and Recent Practice", *The American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 6, Number 1, fall 1990, pp. 1-33, fundamentalmente, pp. 16-19 y A. ABRAMOVSKY, *loc. cit.*, en especial, pp. 152-156.

procesado en una etapa posterior del procedimiento, al prohibirse los juicios penales en rebeldía⁷¹.

Quizá sería legítimo ser pesimistas y ver escasas expectativas de éxito a las iniciativas seguidas en nuestro país. Llegados a este punto, la presencia en territorio español de los procesados sólo podría obtenerse lícitamente en el plano internacional a través de dos vías. La primera, que se articularía a través de la comparecencia voluntaria de los acusados, parece del todo impensable, a pesar de que bien es verdad que se ha llegado a producir algún caso⁷². La segunda, a materializar mediante la institución extradicional, al margen ya de la voluntad de los potencialmente reclamados, parece venir a ensombrecer todavía más el panorama actual por el juego de una serie de causas que, por desgracia, habitualmente ejercen una presión de intensidad nada desdeñable⁷³. Se

⁷¹ Vid. el Libro IV, Título VII de la LECrim, arts. 834-846, "Del procedimiento contra reos ausentes". En concreto, el artículo 841 dispone:

"Si al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral, se suspenderá éste y se archivarán los autos".

Por ello, podría añadirse además que nada hubiera cambiado a efectos prácticos aunque la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio contara entre sus disposiciones con una que contuviese la obligación *aut dedere aut judicare*. En tal hipótesis, lejos de reforzarse la posición española, incluso tal vez podría inferirse que nuestro país necesitaría partir en su actuación de la presencia de los acusados en el territorio nacional.

⁷² Sobre el nuevo carácter que la presentación del ex-capitán Scilingo aporta a la investigación por la desaparición de españoles en Argentina, puede verse <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/>. Debe indicarse en este punto que la LECrim garantiza la continuidad del procedimiento en caso de que se presenten alguno de los procesados y los demás hubiesen sido declarados en rebeldía; cfr. este contenido en su art. 842.

⁷³ Por el contrario y por fin, no parece que existan ya más **factores jurídicos** que pudieran entorpecer la labor judicial española, ahora en curso. En este sentido, ha de señalarse que la Convención internacional de 1948 dispone las facilidades al uso para proceder a la extradición (se trata de medidas teóricas estándar, cuyo enunciado pueda parecer superfluo; pero, desgraciadamente, el tratamiento de muchos tristes casos de la práctica aconsejan su reiteración; ya se sabe: el genocidio no se considerará delito político y las partes se comprometen a conceder la extradición, conforme a su legislación y a los tratados vigentes; cfr. art.7).

En cualquier caso, cabe criticar aquí el marco tan excesiva e inútilmente restringido que ha diseñado el legislador español en el art. 826 de la LECrim para la extradición activa. Según esta disposición (Libro IV, Título VI, "Del procedimiento para la extradición" -arts. 824-833-):

"Sólo podrá pedirse o proponerse la extradición:

- 1º) De los españoles que habiendo delinuido en España se hayan refugiado en país extranjero.
- 2º) De los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto del en que delinquieron.
- 3º) De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España, se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo".

No obstante, esta disposición, que nos merece todo tipo de críticas por su irracional constricción y por mutilar gratuitamente el ámbito de la extradición *activa* española, sólo tendrá el efecto de bloquear por completo la posibilidad jurídica de que nuestro país pida la extradición de personas que no encajen en ninguna de las categorías previstas en aquellos casos en que no exista un Tratado de extradición, bilateral o multilateral, aplicable al caso. De no existir normas convencionales al respecto, esa norma interna española frustraría una eventual solicitud de extradición de los acusados argentinos y chilenos, al continuar éstos en la práctica totalidad de los casos *residiendo en sus respectivos países de nacionalidad* (véase el párr.31, arriba transcrito). No obstante, debido a la existencia de tratados internacionales y a la prevalencia de éstos (tal como, de forma expresa además, se dispone en el propio art. 827 de la LECrim), no existirá ningún otro obstáculo. A este respecto, es pertinente recordar que los tratados de extradición que nos unen con Argentina y Chile son, por otra parte, muy recientes. El antiguo Tratado de 1881 con Argentina (*G. de M.* de 12 de diciembre de 1882) fue sustituido por el nuevo Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia penal (*B.O.E.* de 17 de julio de 1990) y el Canje de Notas de 12 y 20 de febrero de 1991, constitutivo de Acuerdo, sobre el desarrollo del Tratado de Asistencia Judicial y Asistencia Judicial en Materia Penal (*B.O.E.* de 22 de mayo de 1991). Y la vigencia del anterior Convenio para la Recíproca Extradición de Malhechores de 30 de diciembre de 1895 (*G. de M.* de 12 y 19 de mayo de 1897) se terminó tras la entrada en vigor del nuevo Tratado de Extradición y Asistencia Judicial entre España y Chile de 14 de abril de 1992 (*B.O.E.* 10 de enero

trata de *factores de carácter político* que, en estos asuntos, actúan e influyen a nivel interno e internacional⁷⁴.

VI. CONCLUSIÓN: UNA CATEGÓRICA VALORACIÓN JURÍDICA POSITIVA DE LA INICIATIVA ESPAÑOLA, CON INDEPENDENCIA DEL RESULTADO

Tal como van las cosas, y ante el peso que parecen estar teniendo ciertas *razones de Estado*, bien podría pensarse que una oferta de entrega de los presuntos autores de crímenes contra la humanidad o una respuesta favorable a una petición de extradición española por parte de las autoridades argentinas o chilenas sólo podría situarse en el terreno de la *ciencia-ficción*. Las sucesivas autoridades de estos países cerraron sus heridas sin curar dando paso a la impunidad y no parece factible que vayan a permitir que las reabra ahora un tercer Estado.

Pero es seguro, que ni siquiera en las mentes de los querellantes se ha llegado a ambicionar nunca conseguir una justicia material plena procedente del Estado español, al menos no con respecto a las personas que llegaron a ocupar los más altos cargos en

de 1995), junto al cual debe tenerse en cuenta el Tratado General de Cooperación y Amistad entre Chile y España de 19 de octubre de 1990 (*B.O.E.* de 17 de septiembre de 1991).

Acerca de otros interesantes aspectos relativos en general al procedimiento de extradición activa (qué órganos pueden pedirla, si ha de aguardarse a la existencia de un auto de procesamiento, etc.), puede consultarse, además de la *LECrím* (arts. citados *supra*), los trabajos de B. PASTOR BORGONÓN, *Aspectos procesales de la extradición en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 41-135; C. GARCÍA BARROSO, *El procedimiento de extradición*, Ed. Colex, Madrid, 1988, pp. 331-333 e *id.*, *Interpol y el procedimiento de extradición*, EDESA, Madrid, 1982, fundamentalmente, pp. 97 y ss.

En relación fundamentalmente con la extradición, puede verse también la proposición no de ley sobre españoles desaparecidos en Iberoamérica, con especial atención al caso de Chile, presentada el 2 de septiembre de 1996 en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista (P.S.O.E.). En el texto destacan especialmente los siguientes puntos: la calificación de los hechos de referencia como "genocidio, ejercido mediante prácticas terroristas que han incluido el secuestro y el presumible asesinato de las víctimas de la represión"; la consideración de que el Estado español "puede y debe actuar" con carácter subsidiario a fin de garantizar la tutela judicial efectiva; la petición al Gobierno para que adopte las medidas necesarias para que, a través de la Fiscalía General del Estado, iniciar las actuaciones judiciales pertinentes que permitan someter a extradición y juicio a los acusados de las violaciones y para que preste todo el apoyo político y diplomático a todos los procedimientos judiciales que pudieran tramitarse (cfr. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/extra.html>).

Sobre este particular, pueden consultarse asimismo las órdenes de detención internacional (la primera fue librada el 24 de marzo de 1997 por el J.C.I. Núm. 5 de la Audiencia Nacional) libradas hasta la fecha en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/>.

⁷⁴ Sin salir del ámbito nacional español, podría decirse que el clima reinante en los círculos de la magistratura se encuentra un poco enrarecido en lo tocante con estos asuntos. En relación con ello, puede indicarse que la actitud en general del Fiscal-Jefe de la Audiencia Nacional, E. Fungairiño, respecto de estos casos, así como algunos de sus comentarios particulares, ha sido objeto de duras críticas por varias asociaciones de jueces y fiscales, que han llegado a negar a su posición respecto de tales asuntos el carácter de "argumentación técnica" y la han tachado de "postura ideológica" (*vid.* esta descalificación en la "Nota sobre la postura del Fiscal-jefe de la Audiencia Nacional en los Juicios sobre los Desaparecidos españoles durante las Dictaduras militares argentina y chilena", emitida el 10 de diciembre de 1997 por Asociación pro Derechos Humanos de España, Jueces para la Democracia, Federación de Juristas Progresistas y Asociación Catalana de Juristas Democratas, en <http://www.derechos.org/nizkor/jueces/doc/juicios2.html>). Ciertamente, también desde nuestro punto de vista parece difícil justificar ciertas consideraciones realizadas por este representante del Ministerio Público. No creemos que suponga una parcialidad por nuestra parte decir que su actuación en estos casos, cuando menos, no se caracteriza por una -conveniente y deseable- asepsia, sobre todo cuando algunas de sus reflexiones jurídicas en contra de la competencia judicial española las ha vertido, por ejemplo, en una entrevista concedida al periódico chileno "El Mercurio", diario estrechamente vinculado a la Junta Militar chilena (otra crítica sobre esto, puede verse en el último lugar citado).

la estructura gubernamental del Estado durante aquellos tenebrosos años.

Dictar sentencias y alcanzar su ejecución significaría, por supuesto, la satisfacción del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. Pero un Auto de procesamiento constituiría también una inmensurable conquista. No es baladí crear precedentes. La joven Historia del Derecho internacional penal lo demuestra. Ya se sabe, se encuentra jalonada por premeditadas tragedias humanas a las que han sucedido después ciertas acciones judiciales -parcialmente- reparadoras, prácticamente aisladas hasta ahora en el tiempo. Por razones como éstas, aunque la instrucción no se convirtiera en procesamiento y aunque el procesamiento no desembocara en sentencia, sólo cabría extraer enseñanzas constructivas y alentadoras, por iniciar una causa que puede lograrse en el futuro, por su valor altamente simbólico, por su significado de sanción moral, por su potencial efecto contagioso en otros países, por atenuar en lo posible el perenne desasosiego de los familiares de las víctimas, por no generar más incompreensión en un gran sector de la opinión pública, por dejar arrinconados a los autores de tan inhumanos crímenes...