

Perseguidos:
De la “noche de los cristales rotos” al exilio del constitucionalismo vasco y las nuevas perspectivas de responsabilidad penal internacional de ETA por crímenes contra la humanidad*.

Miguel Ángel Rodríguez Arias.
Instituto de Derecho penal Europeo e Internacional.
Universidad de Castilla-La Mancha.

Una de las siniestras rarezas que mostraba la sociedad alemana en el momento de su rendición era que el Estado en cuanto tal, sólo jugaba un rol subordinado en el ejercicio del poder político, en tanto que existían controles realmente drásticos sobre la sociedad alemana que se habían organizado fuera del gobierno nominal. Todo esto se logró gracias a una elaborada red de organizaciones muy unidas y exclusivas integradas por voluntarios seleccionados que habían jurado ejecutar, sin demora y sin preguntas, las órdenes de los jefes nazis. (...) El despotismo nazi no estaba formado, por lo tanto, sólo por estos acusados individuales. Habían miles de pequeños fuhrers que ordenaban, miles de imitaciones de Goering que alardeaban, miles de Schirach que incitaban a los jóvenes, miles de Sauckel que imponían trabajos forzosos, miles de Streicher and Rosenberg que incitaban al odio, miles de Kaltenbrunner y Frank que torturaban y mataban, miles de Schacht y Speer y Funk que administraban, financiaban y apoyaban el movimiento. El movimiento nazi fue una fuerza integrada en la ciudad y en el condado y en la aldea. El poder del partido resultante de este sistema de organizaciones compitió primero y controló después el poder del Estado mismo.

Fiscal Robert Jackson, 28 de febrero de 1946.
Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

I. De la condena en Nuremberg de los responsables del partido nazi por crímenes contra la humanidad a la definitiva eclosión de la responsabilidad penal internacional de los actores no estatales. **II.** Análisis de los elementos típicos del crimen de lesa humanidad de persecución entre Nuremberg y la Haya. a) *Análisis de los elementos del tipo objetivo del crimen contra la humanidad de persecución ex artículo 7.1.h del Estatuto de Roma.* b) *Análisis de los elementos del tipo subjetivo del crimen contra la humanidad de persecución ex artículo 7.1.h del Estatuto de Roma.* **III.** *Aut Dedere aut Judicare:* el necesario reenvío del crimen de persecución a la Corte Penal Internacional ante las carencias de la legislación española y a la luz del fallo Scilingo del TS. **IV.** Conclusiones: contra todas las formas de impunidad en los crímenes de lesa humanidad de la organización terrorista ETA a la luz del legado de Nuremberg.

I. De la condena en Nuremberg de los responsables del partido nazi por crímenes contra la humanidad a la definitiva eclosión de la responsabilidad penal internacional de los actores no estatales.

Frente a la idea tradicional del carácter exclusivamente estatal de los crímenes de lesa humanidad, la cuestión del desarrollo de nuevos mecanismos de responsabilidad internacional ante violaciones sistemáticas de los derechos humanos por organizaciones no

* Dedicado a la memoria de Francisco Tomás y Valiente y la de los agentes de la Guardia Civil Raúl Centeno y Fernando Trapero, asesinados el pasado 1 de Diciembre de 2007; a la de todas las víctimas de los crímenes contra la humanidad perpetrados por la organización terrorista ETA, cuya condición de víctimas de violaciones manifiestas de los Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 60/147 de Naciones Unidas, aún no ha sido reconocida. El presente trabajo fue galardonado en el Certamen García Goyena de Estudios Jurídicos en la edición de 2007.

estatales – comenzando por las de carácter empresarial – ha venido experimentando una fuerte evolución¹.

Una evolución que, más allá de la controversia, y como ya hemos tenido ocasión de abordar a éste último respecto², nos cabe reconocer, al menos, en cuanto a su vigencia en el propio legado de Nuremberg y el enjuiciamiento por el primero de los cargos formulados por el fiscal Jackson de los jerarcas nazis implicados en la refundación del partido nazi, o *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (NSDAP)*, y la conspiración desde el mismo para el apoderamiento del Estado alemán – de forma ajena al Estado por tanto, contra éste, que no en complicidad con el mismo –: el partido nazi, junto a varias de sus organizaciones subsidiarias, sería considerado pues el instrumento de cohesión entre los acusados y sus co-conspiradores, y el instrumento para llevar a cabo los objetivos y propósitos de su conspiración.

Y así, al margen de los consabidos posicionamientos de distinta índole en torno al legado de Nuremberg, el primer cargo penal efectivamente ejercido por un tribunal internacional en la historia contemporánea de la humanidad lo sería contra un actor no estatal, verificándose a tal respecto las condenas de Goering, Jodl, Keitel, Ribbentrop, Rosenberg y Hess; si bien bastaría tomar plena conciencia del claro antecedente de la *piratería*, el primero de los actores no estatales considerado *hostis humani generis*, enemigo de la humanidad³ – universalmente perseguible, por tanto, por los navíos de guerra de toda nación civilizada, particularmente tras el tratado de Utrech de 1713 y notablemente presente en la interrumpida tarea tipificadota de los crímenes internacionales de la propia Sociedad de Naciones, como nos recordarán autores como QUINTANO⁴ – para preguntarnos qué tipo de responsabilidad penal internacional, la definitiva eclosión de la de los actores estatales desde 1945 o la de actores no estatales anterior a éste, ha de suponer, en realidad, la más reciente innovación respecto el estado de cosas internacionales precedentes.

Sea como fuere, en Nuremberg se incidiría, precisamente, en que “una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en cuanto la esencia de ambas es la cooperación para fines criminales. Debe existir un grupo unido y organizado hacia un propósito común. El grupo deberá estar formado o ser usado en relación con la comisión de los crímenes previstos en el Estatuto”⁵, y así el Tribunal de Nuremberg declararía el

¹ Véase así el *Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes* de la Comisión Internacional de Juristas, puesto en marcha en 2006, <http://www.business-humanrights.org/Documents/ICJComplicityPanelInvitationforSubmissions>; vid. igualmente el *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, 15 de febrero de 2005, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Doc. ONU E/CN.4/2005/91, pág. 19; así como INTERNACIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2002): *Más allá de lo Discrecional: Los derechos humanos y la emergencia de obligaciones legales internacionales para las empresas*, Versoix, pág. 5. <http://www.ichrp.org/>.

² Nos remitimos aquí a nuestro estudio RODRÍGUEZ ARIAS, M.A. (2007): “De Clausewitz a Enron: la guerra como prolongación del mercado por otros medios y nuevas perspectivas de Derecho penal Internacional Corporativo ex Cargo I de Nuremberg”, en: *Revista penal*, n. 21, págs. 113-125.

³ “Enemigo de toda la humanidad – *hostis humani generis* – a quién cualquier Nación en el interés de todos, puede capturar y castigar”, en palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia de 7 de septiembre de 1927, asunto SS Lotus (France v. Turquie), Serie A, No 10 (1927), 2 (20).

⁴ QUINTANO RIPOLLES (1955): *Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, Tomo I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pág. 317 y ss. Vid. Igualmente “Piracy” en: BASSIOUNI (1999): *Crimes against humanity in international criminal law*, Kluwer Law International, The Hague., págs. 803 y ss.

⁵ OFFICE OF UNITED STATES CHIEF OF COUNSEL FOR PROSECUTION OF AXIS CRIMINALITY (1947): *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, United States Government Printing Office,

carácter criminal bajo su estatuto internacional de varias organizaciones creadas con el fin de cometer crímenes contra la humanidad⁶.

O en palabras del fiscal JACKSON:

“Estas organizaciones tuvieron un papel calculado y decisivo en los bárbaros extremos del movimiento nazi. Sirvieron muy ingeniosamente para explotar la psicología del populacho y para manipularlo. Al multiplicar el número de personas en una empresa común se tiende a disminuir el sentido de responsabilidad moral de cada individuo y a acrecentar su sensación de seguridad. Los líderes nazis fueron maestros en esta técnica. Manipularon a estas organizaciones para efectuar impresionantes exhibiciones de grupo y de poder ante el pueblo alemán. Se las usó para incitar el espíritu del populacho y para después satisfacer desenfrenadamente los odios populares y la ambición germánica que ellas mismas habían desatado e inflado. Estas organizaciones adoctrinaban y practicaban la violencia y el terrorismo.(...) La amenaza de estas organizaciones es más impresionante cuando consideramos la desmoralizada situación en que se encuentra la sociedad alemana”⁷.

Ulterior expresión de esto mismo vendría a representar la idea de *empresa criminal conjunta* de los conspiradores o participantes en el plan común en la conocida sentencia *Tadic* del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, de 15 de julio de 1999, así como en la sentencia *Krajisnikl*, de 27 de septiembre de 2006⁸.

Así pues, a la vista de tal legado de Nuremberg – hasta ahora desatendido en el contexto de olvido representado por la guerra fría –, todo ello parece, cuando menos, jurídicamente replanteable en el seno del actual estadio de desarrollo de la justicia penal internacional, mostrándose, además, *material, criminológicamente congruente*, con una propia evolución de los tiempos caracterizada por la plena irrupción de tales actores no estatales en la esfera de las relaciones internacionales con hondo impacto para la efectiva vigencia y tutela de los derechos humanos de colectivos enteros, y un desplazamiento de la estructura de poder desde una concepción *legicéntrica* del mundo a otra fruto de la

Washington, DC, pág. 86, una versión íntegra del mismo en: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Nazi-opinion-judgment.pdf;

⁶ Vid. Más ampliamente EQUIPO NIZKOR (2007): *Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano*, apartado “II.1.- Responsabilidad penal por pertenencia a Empresa Criminal Conjunta”, documento electrónico, en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html#Introducción>.

⁷INTERNATIONALER MILITÄRGERICHTSHOF NÜRNBERG (1947): *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof: Nürnberg 14. November 1945 - 1. Oktober 1946*, Kornet, Frechen, v. 8, pág 388-389 y 390; vid. así mismo, más ampliamente, THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL SITTING AT NUREMBERG GERMANY (2001): *The trial of german major war criminals, Opening Speeches of the Chief Prosecutors for The United States of America, The French Republic, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republic*, William S. Hein & Co, New York.

⁸Y así en *Krajisnik* la Cámara sostendrá que la existencia de una *empresa criminal conjunta* no tiene necesariamente que presuponer una planificación preparatoria o un acuerdo explícito entre los participantes en la misma. Y así: *links forged in pursuit of a common objective transform individuals into members of a criminal enterprise. These persons rely on each other's contributions, as well as on acts of persons who are not members of the joint criminal enterprise but who have been procured to commit crimes, to achieve criminal objectives on a scale which they could not have attained alone*, vid. *Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, Trial Chamber I, Case: IT-00-39-T, 27 September 2006, párr. 1082; Texto íntegro disponible en: <http://www.un.org/icty/krajisnik/trialc/judgement/kra-jud060927e.pdf>; vid así mismo la sentencia *Tadic*, párr. 220 y ss, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm>, con especial referencia, a su vez, al concepto de "*common criminal purpose*" del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas conforme la Resolución 52/164 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1997, así como al propio artículo 25 del Estatuto de Roma.

globalización, tal y como han puesto de manifiesto autores como BECK⁹, o ya en el ámbito penal con singular agudeza RUBENS DAVID¹⁰.

Más aún, dicha responsabilidad penal internacional de los actores no estatales no sólo no ha resultado excluida por el Estatuto de Roma sino que, por el contrario, la autoría de organizaciones será contemplada por el mismo en cuanto a la específica categoría de los crímenes de lesa humanidad – tradicionalmente más abierta que las tipologías de genocidio – y tal y como pondrá de manifiesto su artículo 7.1.d), i) y c) al regular los crímenes de *deportación forzada de población, desaparición forzada de personas o la esclavitud*¹¹; al tiempo que ya en el artículo 18 del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, antecedente de dicho artículo 7, se contemplaba de manera general una actuación "instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo".

Y a este mismo respecto no dejarán de ser de toda relevancia para nosotros, en términos interpretativos, las renovadas perspectivas que ofrece a la luz del Cargo I de Nuremberg la propia definición operada ahora del concepto de "ataque contra una población civil" – artículo 7.2.a) del Estatuto de Roma – respecto el conjunto de crímenes de lesa humanidad definidos en el artículo 7.1. en los concretos términos de "línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política"¹².

Por lo demás, y junto a la propia inclusión originaria del terrorismo en el cuarto informe del *Draft Code de Thiam*, nos cabrá destacar con SERRANO PIE DE CASAS que el propio hecho de la consideración del terrorismo bajo el prisma del principio de justicia universal del art. 23.4 LOPJ viene a suponer, de hecho, que España trate justamente al terrorismo, desde el punto de vista de la competencia jurisdiccional a) *como delito contra bienes jurídicos internacionales* y b) admitiendo, además, *el predominio de las normas*

⁹ Nos limitamos aquí a remitirnos a la teoría de la Segunda Modernidad desarrollada por BECK como trasfondo interpretativo, y en particular BECK, Ulrich (1997): *Was ist Globalisierung?: Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp; BECK, Ulrich (1996): *Reflexive Modernisierung: Eine Kontroverse*; BECK, Ulrich (2002): *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter, Neue Weltpolitische Ökonomie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.

¹⁰ Por todas Vid. RUBENS DAVID, P. (1999): *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Argentina, Zavalía.

¹¹ Con todo véase a tal respecto reflexiones como la de BAIGÚN de perfilar nuevas perspectivas aplicativas incluso en el ámbito de la Convención de Genocidio de 1948 a la actividad de actores no estatales como las corporaciones transnacionales, vid. BAIGÚN, D. (2001): "Responsabilidad penal de las transnacionales", en: *Les activités des sociétés transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique, Séminaire de travail*, Céligny, Genève, 4-5 mai 2001.

¹² Y así THIAM en el contexto de los trabajos del *Draft Code* se señalaría: "80. El Relator Especial reconoce que la observación relativa a los posibles autores de crímenes contra la humanidad está fundamentada y que hay que referirse también a los particulares. Vid. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1995): *Décimo tercer Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad por el sr. Doudou Thiam*, Relator Especial, 47º período de sesiones Ginebra, 2 de mayo a 21 de julio de 1995, Asamblea General: A/CN.4/466, 24 de marzo de 1995, una versión del mismo en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/084/73/PDF/N9508473.pdf?OpenElement>; Y, de este modo, la propuesta de tipificación quedaría formulada en los siguientes términos: "Art. 21, nueva propuesta. Crímenes contra la humanidad. El que sea declarado culpable de haber cometido u ordenado cometer, en calidad de agente o representante de un Estado o a título particular, un crimen contra la humanidad será condenado a (...)". Recogiéndose igualmente a continuación: "Se entenderá por crimen contra la humanidad el hecho de cometer, de manera sistemática, cualquiera de los actos siguientes: (...) - La persecución.". Recuérdese así mismo como en el *Draft Code de Thiam*, en su versión de 1996, se incluirá el terrorismo como crimen contra la humanidad.

*internacionales sobre el derecho interno de otros países*¹³. Y el hecho de que la responsabilidad penal internacional de actores no estatales resulte ya igualmente reconocida de modo expreso en textos como las *Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*¹⁴ no hará sino arrojar un ulterior elemento de reforzamiento de todo ello.

Tal y como señalará elocuentemente AMBOS, a la vista de la violación sistemática de los derechos humanos en el caso colombiano, el concepto de macrocriminalidad política en su trascendencia penal internacional comprende, *ciertamente, también los crímenes internacionales de actores no estatales*¹⁵. Es la propia comprensión del cambio de modernidad, y la necesidad de actualizar los mecanismos jurídicos de contrapoder y tutela de los derechos humanos a la realidad de dichos cambios de fondo, el que hace ya difícil contestar la necesidad de una congruente y debida toma en consideración de la responsabilidad penal internacional de los nuevos actores *no estatales* surgidos a escena en la esfera mundial. El análisis jurídico se desplazará así, de la cuestión del carácter estatal, o no, de los autores, a la existencia, o no, de un aparato organizado de poder – no importa su naturaleza –, con la capacidad de perpetración en crímenes de persecución, desapariciones forzadas o cualquier otro.

En definitiva, y como habrá tenido ocasión de señalar, por su parte, la Audiencia Nacional en el fallo Scilingo:

“lo relevante es, pues, la existencia de un plan o política preconcebidos que no deben producirse necesariamente en tiempos de guerra. (...) Estas circunstancias o características del Sujeto activo del delito, en definitiva, que se trate de un grupo que actúa desde el poder o que neutraliza al poder legítimo, es uno de los elementos que a nuestro juicio internacionaliza a esta clase de delitos y lo convierten en crimen contra la humanidad”¹⁶.

¹³ SERRANO PIE DE CASAS, J.R. (2000): “6.2. Genocidio” en: GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords): *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, el caso Pinochet*. pág. 132, De hecho para el mismo autor quedará fuera de duda la posibilidad de conexión entre el concepto de crimen contra la humanidad y los delitos de terrorismo a los efectos de configurar la responsabilidad internacional”, pág. 130; si bien parecerá decantarse, finalmente, por una persecución ex justicia universal del terrorismo internacional y de Estado mientras que respecto el terrorismo subversivo del orden institucional parecerá decantarse por la prevalencia de los instrumentos nacionales puntando sobre la extradición y la cooperación internacional como corolarios. Nótese como no resulta, en todo caso, el nuestro un enfoque de la cuestión en torno a la conceptualización pendiente a la búsqueda del concepto material omnicompreensivo de terrorismo y grupo terrorista en sus diversas manifestaciones – de pertenencia al mismo – sino un enfoque en torno a la aplicabilidad pendiente, o no, del tipo de lesa humanidad de persecución política por parte de grupo organizado no estatal, en términos sistemáticos internacionalmente relevantes, conforme a la vigente tipificación operada por el Estatuto de Roma de la Corte penal internacional. Un enfoque de resultado típico si se quiere, y la concreta autoría personal de los actores aglutinados en torno al mismo, si se quiere, más que de mera actividad. Vid más ampliamente los apdos. 6.2.3 y 6.3. de su estudio.

¹⁴ *Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, doc. ONU E/C.12/2000/13, pto. 2., Véanse igualmente antecedente de éstas, los Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, igualmente recogidos en el doc. ONU E/C.12/2000/13

¹⁵ Cursivas propias, Véase el apartado “IV. El Estatuto de Roma como instrumento flexible de protección de los derechos humanos”, en AMBOS, K. (2004): *Derechos humanos y Derecho penal internacional*, en su propia web http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Person/doc/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf, a la que remitimos aquí sin más para una más amplia selección de documentos en la materia; En todo caso véase igualmente AMBOS, K. (2006): “La construcción de una parte general del derecho penal internacional”, *Revista penal*, n. 17, 2006 , pág. 5-33.

¹⁶ Vid. Sentencia 16/2005, Fto. Jurid. 1. 2. 1. En idéntico sentido a este respecto y ante el mismo caso Scilingo, el TS señalaría como el requisito del contexto bélico “pronto fue sustituido, ya en algunas sentencias de Tribunales alemanes que después de la Segunda Guerra Mundial aplicaron la Ley del Consejo de Control nº 10, por la valoración de un elemento de poder o supremacía en el autor, vinculado con el poder del Estado o de

Este será, por tanto, el vigente contexto que habrá de servir de punto de partida de nuestras reflexiones en torno a la subsunción en el ámbito del artículo 7.1. h del Estatuto de Roma, de la despiadada persecución de *lesa humanidad* perpetrada, por razones políticas, contra buena parte de la sociedad vasca por parte de la “pirámide de poder al margen de la ley” que, parafraseando a JACKSON, representa la organización terrorista ETA y el variopinto, y cambiante, entramado de organizaciones auxiliares mediante las que viene ejerciendo en los últimos cuarenta años, un férreo control y coacción sobre amplios sectores de la sociedad vasca.

II. Análisis de los elementos típicos del crimen de lesa humanidad de persecución entre Nuremberg y la Haya.

Tipificada expresamente la *persecución* como modalidad de crimen *contra la humanidad* desde la génesis misma de dicha nueva categoría delictiva ex artículo 6 del Estatuto de Londres por el que se establecería el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg¹⁷, e, igualmente, contemplada tanto en la subsiguiente *Control Law 10* del Consejo Aliado de Control¹⁸ como entre los contenidos del legado de Nuremberg elevados a la categoría de principios generales del Derecho internacional por la Asamblea General de Naciones Unidas – principio sexto –¹⁹, tal modalidad delictiva sería, así mismo, sucesivamente recogida en el artículo 2(11) del proyecto de Código de Delitos internacionales de 1954 y en el artículo 18 (e) del proyecto de Código de Crímenes de 1996, siendo igualmente contemplada, de forma constante, en los Estatutos internacionales de los Tribunales de la antigua Yugoslavia y de Ruanda²⁰ hasta llegar, finalmente, a su tipificación definitiva ex artículo 7.1.h – con relación al propio 7.2.g – del Estatuto de Roma²¹.

Así pues, a la luz de lo que cabe calificar como un claro reconocimiento constante de esta figura y sus elementos constitutivos esenciales a lo largo de las últimas seis décadas – como es apreciable por si mismo con tan sólo contrastar el tenor del artículo 6 del Tribunal de Nuremberg de 1945 y el artículo 7 de la Corte de la Haya de 2002, con la excepción de que hoy los crímenes contra la humanidad no están vinculados a su comisión

una organización similar, que le permita actuar a gran escala”, cursivas propias, vid. STS n 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fto. Jco. 7, pto. 3.

¹⁷Y así, conforme el mismo: (c) *persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.*

¹⁸Control Law 10, de 20 de diciembre de 1945, cuyo Art. 2.1. declarará como: c) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or *persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.*

¹⁹Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg”, posteriormente plasmados, conforme lo establecido por dicha misma Resolución, en los trabajos del al Comité de codificación de Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946.

²⁰Artículos 5 (h) y 3 (h) de uno y otro Estatuto, respectivamente, de forma más escueta pero en idénticos términos a los previamente aludidos: “*persecution on political, racial, and religious grounds*”.

²¹Artículo 7. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; Igualmente el propio art. 7.2.g señalará por su parte: g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad

en tiempos de guerra –, varias han de ser las cuestiones a abordar aquí, sea respecto los elementos configuradores de su tipo objetivo como de su tipo subjetivo; todo lo cual nos ha de permitir sostener la plena subsunción bajo dicha figura delictiva internacional de la conducta persecutoria perpetrada por la organización terrorista ETA respecto al constitucionalismo vasco desde 1978, pese a que hasta el momento actual ninguno de sus autores materiales o cómplices hayan respondido ante la justicia penal internacional. Pues dada la escala sistemática e inhumanidad de tales acciones con 835 asesinatos selectivos, docenas de desapariciones forzadas, en casos como el de Miguel Ángel Blanco seguida de una cruenta ejecución extrajudicial, y miles de exiliados a la fuerza de la Comunidad Autónoma vasca a lo largo de los últimos treinta años en razón de un determinado posicionamiento político y de conciencia de dicho grupo *perseguido*, una tal justicia será ya la directamente concernida más allá del mero Derecho penal nacional como trataremos de mostrar a continuación.

a) Análisis de los elementos del tipo objetivo del crimen contra la humanidad de persecución ex artículo 7.1.h del Estatuto de Roma.

Tres habrán de ser los elementos configuradores del tipo objetivo del crimen de persecución en el Estatuto de Roma a abordar aquí. El primero, será de carácter común y contemplado, *ex art. 7.1*, respecto del conjunto de conductas constitutivas de lesa humanidad: que los actos persecutorios se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”²². Junto a ello los restantes dos elementos específicamente contemplados en los apartados 1.h y 2.g del mismo artículo 7 serán, respectivamente, su realización “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte” así como, más allá de cualquier otra actividad que pueda ser calificada lingüísticamente como persecutoria, que de ello resulte una “grave privación de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional” lo que, junto a su sentido lógico en el plano de la ofensividad, debe ser además adecuadamente ubicado en el contexto de los debates durante el desarrollo del Estatuto de Roma y las reticencias mostradas por parte de algunos países en torno a la vaguedad del concepto de “persecución”²³.

a.1.) En cuanto al elemento cualificador consistente en que los actos persecutorios se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, y como fuera ya señalado con MEYROWITZ en el seno de los debates al respecto de la comisión THIAM:

²² 7. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (...).

²³ Vid. *Décimo tercer Informe Thiam, ob cit.* pto. 66 y pto. 69. Ya en la recta final de los trabajos y, tan sólo dos años antes de la definitiva aprobación del Estatuto de Roma; más ampliamente el Gobierno de los Estados Unidos apuntaría: “ (...) el artículo 21 es demasiado vago para que pueda servir de base a una responsabilidad penal. Un texto como “persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales”, en particular, es tan vago que podría significar casi cualquier cosa. Por ejemplo, una definición de la palabra “perseguir” es “molestar con propuestas persistentes o apremiantes, importunar”. No debería constituir un crimen internacional contra un partido político que moleste o importune a otro partido, pero, tomando al pie de la letra el proyecto de código, se llegaría a ese resultado” *Ibidem*, pto. 75; Como señalará además el propio THIAM “Otra observación se refiere a la palabra “persecución”, de la que no se da definición alguna. Hay que recordar que la palabra “persecución” se utilizó en los tres textos básicos relativos a los estatutos de los tribunales militares internacionales, que definieron los crímenes contra la humanidad. Se utilizó igualmente en los fallos de los tribunales internacionales encargados de juzgar los crímenes contra la humanidad después de la segunda guerra mundial”. *Ibidem*, pto. 81-82. Con todo, y como concluirá RATNER el de persecución continúa siendo el menos preciso de los tipos internacionales previstos, Vid. RATNER, S. R. y ABRAMS, J.S. (2001): *Accountability for Humans Rights Atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, New York. pág. 75.

“Los tribunales han decidido en realidad, que lo que convierte un delito en crimen contra la humanidad no es ni el número ni la condición de las víctimas, sino el hecho de que ese delito esté relacionado con la persecución sistemática de una colectividad o de una parte de una colectividad. Un acto inhumano cometido contra una sola persona puede constituir también un crimen contra la humanidad”²⁴.

La sistematicidad o generalidad del contexto resultarán, por tanto, uno de los principales elementos cualificadores determinantes para la doctrina; y así, en ningún caso, se tratará de meros eventos aislados ajenos a un tal contexto, por repudiables que estos puedan resultar considerados²⁵. Todo ello habrá sido, por lo demás, recientemente abordado por la jurisprudencia internacional, – en muy parecidos términos a los propios posicionamientos de THIAM – , por la reciente sentencia Almonacid Arellano contra Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la sentencia Tadic de la Corte penal para la antigua Yugoslavia²⁶.

Como resulta fácil de apreciar una tal comprensión de la sistematicidad como *contexto* nos será de toda utilidad al abordar la lucha a la impunidad de los crímenes contra la humanidad de ETA, no tan sólo en relación al propio crimen que nos ocupa en este estudio – o más allá del mismo las desapariciones forzadas, el traslado forzado de población u otros tipos delictivos ex art. 7 cuya aplicabilidad a los distintos supuestos se abre así en abanico – sino, especialmente, en cuanto a la ampliación de las posibilidades de enjuiciamiento penal internacional de todos aquellos otros autores y cómplices en actos singulares de persecución más allá de responsables jerárquicos y planificadores – incluso frente a una concreta y única víctima de su entorno inmediato o local en razón de su pertenencia al colectivo perseguido –²⁷, lo que ha de ser de la máxima relevancia hacia esa

²⁴ Meyrowitz, ob. cit., pág. 280 final, citado en: *Décimo tercer Informe Thiam, ob cit*, pto. 94, que destacará todavía al respecto: El Sr. Meyrowitz se inspira especialmente en una puntualización del gobierno militar británico (Oficina Zonal del Asesor Jurídico) de 15 de octubre de 1948, según la cual, un delito individual puede constituir un crimen contra la humanidad "si el móvil de ese acto consiste total o parcialmente en una persecución sistemática de esa índole".

²⁵ Vid. Cassese, A., Gaeta, P. y D. Jones, J.R.W. [Ed], (2002): *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, pág. 360-361.

²⁶ “(...) la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que <<un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable>>, caso *Almonacid Arellano* y otros contra Chile, de 26 de septiembre de 2006, párr.96. Como habrá tenido ocasión de señalar nuestro propio Tribunal Supremo en el fallo *Scilingo*: “Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Maertens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza” nº 798/2007, de 2 de 7 de 2007, fto. 7. pto. 3.

²⁷ Recuérdese como, conforme el artículo 25.3 del Estatuto, también ante los crímenes contra la humanidad se contempla la figura de la complicidad, siendo igualmente susceptible de responsabilidad por crimen de persecución ante la Corte penal internacional quien: c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; La única salvedad la supondrán la minoría de edad en el momento de la presunta comisión del crimen conforme el tenor literal del artículo 26.

penumbra difusa de autores habitualmente tratados penalmente únicamente por la comisión de delitos de aparente menor entidad y, en ningún caso, como perpetradores de un crimen contra la humanidad en la persona de su *concreto* perseguido.

Puntualizado esto último, será ya la propia plasmación documental de incidencia jurisprudencial de todo ello en los distintos niveles del sistema de justicia a lo largo de todos estos años, la amplia casuística reflejada en medios de distinto ámbito, los innumerables testimonios de víctimas de los distintos actos persecutorios los que nos ofrecerán, por lo demás, una sólida base en términos de acreditar sobradamente el carácter generalizado o sistemático del ataque, entendiendo así por plenamente reconocible el cumplimiento del primero de los elementos de nuestro análisis del tipo ex art. 7.1.h.

a.2) Realizada en un tal *contexto generalizado o sistemático*, para constituir un crimen contra la humanidad la persecución habrá de ser, además, perpetrada “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte” – conforme recoge el apdo. 7.1.h) del Estatuto – elemento éste ya presente en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg donde se hablaba de persecución “*in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated*”.

Así, y partiendo de lo genérico de dicho requisito, dos serán, cuando menos, el orden de consideraciones al respecto.

a.2.1.) En primer lugar, tanto dicha invocación originaria de Nuremberg de la persecución “en ejecución de o en conexión con”, como el uso de la expresión “en conexión con” finalmente resultante del Estatuto de Roma, respecto a los restantes crímenes internacionales, dejarán igualmente a la vista la relación concursal *ideal* reconocible entre la persecución y los restantes crímenes del artículo 7. 1 o cualquier otro crimen del Estatuto; esto es, incluyéndose así sean crímenes de guerra como de genocidio ex arts. 6 y 8 respectivamente, en lo que ha de ser interpretado como un claro elemento de gradación del *contexto persecutorio sistemático* en términos de ofensividad material, justificatoria de la consideración del mismo como de lesa humanidad. En palabras de CASSESE, conforme el art. 7, la concurrencia de una tal conexión será determinante *in order to fall under the jurisdiction of the ICC*²⁸.

A este respecto y en el caso de la persecución perpetrada por ETA resultará pues reconocible la práctica de las siguientes conductas conexas: Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales de miembros destacados del colectivo perseguido en función del cálculo estratégico del momento, subsumibles ex art. 7.1.a); Desapariciones forzadas de personas conforme el apdo. 7.1.i) en relación al 7.2.i)²⁹; Tortura y trato inhumano ex art. 7.1.f) en muy distintas formas y manifestaciones autónomamente reconocibles desde el inexorable anuncio y cuenta atrás del asesinato Miguel Ángel Blanco, a la privación de libertad en zulos inhumanos bajo la constante incertidumbre de ejecución; Traslado

²⁸ Vid. CASSESE, A. (2003): *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, pág.93

²⁹ Así conforme a este último por “desaparición forzada de personas” se entenderá la *aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política*, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, *con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*, en lo que creemos que casos como el de Ortega Lara y otros han de hallar plena subsunción más allá del propio apartado. 7.1. e).

forzado de población mediante la coacción ejercida hacia los miembros del colectivo perseguido, *ex art. 7.1.d)* en relación a su vez a la definición 7.2 d).

De este modo, dicha “conexión” con cualquiera de tales otros tipos supondrá ya, de hecho, una “conexión” con un sobrecogedor nivel de inseguridad personal y terror en términos directamente atentatorios hacia el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De esta manera se hará también presente la íntima relación terror-persecución, en parecidos términos paralizadores a la descubierta en cuanto a la relación desaparición forzada-terror – esta última modalidad acaso hoy más perfilada dada la trágica y reiterada incidencia en el contexto hispanoamericano de las últimas décadas³⁰ y, justamente, dada la estrategia internacional de acción de las asociaciones de víctimas y familiares ante la impunidad en el plano de lo internacional a lo que, de forma paralela, creemos que podría contribuir igualmente, las víctimas del terrorismo de ETA y colectivos cívicos de adoptarse tal línea de acción –. En ambos casos la idea será, conforme lo ordenado por KEITEL el 23 de julio de 1941 en relación al Decreto Noche y Niebla, *una diseminación de tal terror que toda pretensión de resistencia sea erradicada*³¹.

O como señalará en idéntico sentido KOGON desde su análisis de la experiencia del terror nazi:

“El hombre no puede por lo común soportar un estado de excepción de su existencia, si se le coloca en él de forma repentina radical y permanente. En tales casos no puede desarrollar las fuerzas de defensa y de superación que posee por naturaleza. El pavor paraliza la capacidad de reacción de su entendimiento. Si el pavor tiene efectos totales el miedo total a un perjuicio grave sitúa la capacidad imaginativa, de un golpe, en una perspectiva ciega en la que las consecuencias se acumulan como una reacción en cadena: pérdida del respeto a uno mismo, menoscabo social, temor al mal físico (desde el dolor a la destrucción de la existencia)”³².

Más aún, “la minoría absoluta depende tanto más de métodos eficaces de terror cuanto que se juega el todo por el todo: no puede contar, como una minoría dirigente con reservas o recursos, pues se lo está jugando el todo por el todo a la carta de la inmovilización del contrario”³³.

Persecución y desaparición forzada se nos mostrarán, así, como crímenes especialmente orientados al terror social. Y en torno a ello mismo quedará expresada a) la relación de poder fundada por los verdugos en su uso corrompido del contrato social

³⁰ En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la histórica sentencia Velásquez Rodríguez contra Honduras, “*su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas sino, también, un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor como elemento que hará de la desaparición forzada una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral*” *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 149-150. Vid más ampliamente *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión, Documento E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, Consejo Económico y Social,

³¹ Vid. *Case no. 72, The German High Command Trial of Wilhelm Von Leeb and thirteen others*, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30th december. 1947 - 28th october, 1948, part II, pág. 21, Genocide Documentation Centre, <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/ghctrial2.htm>, source: *Law-Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission*, Volume XII, London, HMSO, 1949;

³² Vid. KOGON, E. (2005): *El Estado de la SS, El Sistema de los Campos de Concentración alemanes*, Alba Editorial, s.l.u, Barcelona; traducción Enrique Gimbernat, apdo “El terror como sistema de dominio” pág. 19-41

³³ Vid. *El Estado de la SS, El Sistema de los Campos de Concentración alemanes, ob cit*, pág. 25.

organizacional, b) la posición de especial indefensión de las víctimas como individuos ante dicho mismo aparato de poder, c) el especial alcance de la obligación de acción positiva en sentido contrario de las autoridades en el sentido de completa asunción desde el Estado como tarea propia, y no como mero deber formal, como dirá igualmente la Corte Interamericana en Velásquez Rodríguez³⁴, d) la trascendencia última del carácter inhumano exento de toda piedad, y, por ello mismo, para nosotros, la comprensión de la trascendencia material real de las distintas conductas sin las que dicho clima de persecución se desvanecería en cuanto a su propia existencia autónoma y omnisciente. Fríamente expuesto: los actos persecutorios constituyen la explotación estratégica del “éxito” táctico concreto de la sangre derramada por los ejecutores mediante esos otros actos “conectados”, sometiendo a las víctimas a una adicional forma de inhumanidad.

Y así, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y demás conductas, lejos de representar fines en si mismos constituyen *instrumentos* – nuevo elemento de deshumanización de la víctima – para instaurar el imprescindible clima de terror respecto el colectivo perseguido y para la consecución de los fines de los verdugos. Y a esto mismo habrán de deberse, en el fondo, aquellas desviaciones en cuanto al enfoque conceptual, tanto de ausencia de consideración autónoma como de efectiva tipificación de la figura persecutoria, para pasar a considerar el contexto persecutorio, en realidad, como elemento cualificador del carácter de lesa humanidad de otras conductas, casi como una específica forma tasada de contexto sistemático, tal y como opera nuestro 607. bis que ha de dar relieve de lesa humanidad, o no, a las restantes conductas³⁵.

Sin embargo, nótese la paradoja, conforme el Estatuto de Roma la relación será justo la inversa a la prevista en el código penal español: para el Estatuto será la concurrencia, o no, de alguna de las restantes conductas lo determinante para la apreciación del carácter de lesa humanidad de la persecución autónomamente considerada.

La operatividad real de dicha “conexión” cualificadota del carácter de lesa humanidad de la persecución vendrá a expresar, más bien, el requerimiento de un determinado nivel de intensidad del contexto persecutorio contra un determinado colectivo en términos de fragmentariedad y *última ratio*.

a.2.2) En segundo lugar, y *a sensu contrario*, la mera invocación del deber de hallarse “en conexión” a alguno de los otros crímenes internacionales igualmente tipificados, dejará de manifiesto el hecho mismo de que dicha persecución a la que el Estatuto dota de autonomía delictiva propia representará *otros actos diferenciados* a los de por si constitutivos de tales *delitos internacionales conexos* a la persecución.

³⁴ Así, “(...) el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.párr. 166.

³⁵ Artículo 607.bis.1, segundo párrafo del vigente Código penal: “1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. *En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional (...)*”. Esto es, la existencia de una persecución en tanto que elemento de cualificación como lesa humanidad de otras conductas del apartado segundo, que no, de modo autónomo, entre las conductas individuadas por el mismo susceptibles de conminación penal.

De hecho autores como CASSESE llamarán nuestra atención sobre el hecho de que ya desde el art. 6 del Estatuto de Londres, de un lado se contemplaban actos como asesinato, exterminio, esclavitud, y deportación y otros actos inhumanos, y, de otro lado, se contemplaba la persecución basada en motivos políticos, raciales o religiosos. Los primeros largamente analizados en la tradición de los Derechos penales nacionales mientras, por el contrario, “<<persecutions>> embrace actions that may not be prohibited by national legal systems. In other words, such actions may take the form of acts other than murder, extermination, enslavement, or deportation”³⁶.

O como puntualizará todavía con especial trascendencia CASSESE se tratará justamente de que “under general international law, persecutions may also consist of acts not punishable as war crimes or crimes against humanity, as long as such acts (a) result in egregious violations of fundamental human rights, (b) are part of a widespread or systematic practice, and (c) are committed with a discriminatory intent”³⁷.

Actos que, observando que el término "persecución" ha adquirido un sentido universalmente aceptado, en palabras de BASSIOUNI, consistirá en el sometimiento a un individuo a hostigamiento, tormento, opresión, o medidas discriminatorias diseñadas para o con la probabilidad de, producir sufrimiento físico o mental, o daño económico, por motivo de las creencias, opiniones o pertenencia de la víctima a un determinado grupo identificable (religioso, social, étnico, lingüístico, etc.), o simplemente porque el perpetrador buscara singularizar una determinada categoría de víctimas por motivos peculiares del perpetrador³⁸.

¿Cuáles han de ser, entonces, tales conductas persecutorias autónomas a valorar en su sistematicidad, o no, así como el que sean realizadas en conexión a la comisión de esos otros delitos de los que no tienen porque formar parte constitutiva?

A la luz del legado de Nuremberg, destacadamente la terrible experiencia persecutoria de la *Kristallnacht*³⁹, el hecho es que su jurisprudencia recoge toda una serie de actos persecutorios prevalentemente cifrados en términos de *vis compulsiva* contra las cosas y contra las personas, esto es, en el ámbito de los delitos contra la libertad, singularmente de las coacciones y amenazas, aunque como veremos también en términos igualmente novedosos para la reflexión penal – por prácticamente desatendidos durante los últimos cincuenta años – de *delito patrimonial contra la humanidad*, en relación a los hechos acaecidos en la denominada *Kristallnacht*, o noche de los cristales rotos, de numerosos comercios judíos, y paralela coacción para el pago de una “indemnización” de mil millones de marcos por parte del colectivo judío, tal y como sería abordado en el decimoprimer de los *nachfolgeprozesse* tras Nuremberg, el conocido como *Ministres case*⁴⁰, o en el posterior caso *Eichman*, donde el tribunal de Israel señalaría como *seizure of*

³⁶ Vid. *Internacional Criminal Law, ob cit.*, pág. 85. véase asimismo, más extensamente, apdo. 4.6.2. “Persecution-type crimes against humanity”, págs. 89-90, dónde se abordará con mayor detenimiento el hecho de que el crimen de persecución puede incluir, junto a población estrictamente civil, personal militar, siendo este justamente uno de los aspectos sobre los que pivotaría el caso Barbie, fallado ante la Corte de Casación Francesa el 20 de Diciembre de 1985.

³⁷ Vid. *International Criminal Law, ob cit.*, pág. 94, véase, más ampliamente el apdo “Customary international law and article 7 of the ICC Statute” del mismo, págs. 91 y ss.

³⁸ EQUIPO NIZKOR (2004): La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas, documento electrónico, <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.html>.

³⁹ Para una recopilación de materiales y testimonios sobre tales dramáticos acontecimientos véase, entre otras, la sección web monográfica del *United States Holocaust Memorial Museum*, http://www.ushmm.org/museum/exhibit/focus/kristallnacht_02/, así como <http://www.kristallnacht.at/1938.html>.

⁴⁰ Vid. *Décimo tercer Informe Thiam, ob cit.*, párr. 7; TAYLOR, T (1949): *Final Report to the Secretary of the Army on The Nuremberg War Crimes Trials under Control Council Law n.10*, Washington DC, 15 August 1949, Flick case

*property could constitute a crime against humanity if “comited by pressure of mass terror”*⁴¹; mientras, en el ámbito doctrinal y junto al propio THIAM⁴² o RATNER, autores como LAUTHERPACHT o GRAVEN, han apuntado precisamente como “*the effects of property destruction or the means by wich it is accomplished justify including many such acts as crimes against humanity*”⁴³.

O en palabras del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia en los casos *Tadic* o *Kupreskic*: *property crimes can constitute persecutions if they violate a fundamental right of the victim*⁴⁴; Los ataques y daños de relevancia aparentemente tan solo nacional contra negocios, viviendas del colectivo perseguido serán formas comisivas expresamente reconocibles y castigadas como expresión de tal persecución por el legado de Nuremberg alcanzando, así, su verdadera dimensión de crimen contra la humanidad, plenamente sujeto, por tanto, a la obligación de enjuiciamiento en sede penal internacional y lucha a la impunidad.

Conductas éstas, algunas de las cuales habían venido siendo subsumidas en la órbita del hasta ahora mal llamado “terrorismo de baja intensidad” – terminología esta recurrente, a lo que parece, ya que, curiosamente, bajo el eufemismo de “guerra de baja intensidad” sería inicialmente calificada también la práctica de desapariciones forzadas – ; Y así, nos cabrá tomar en consideración :

- Daños de distinta índole e intensidad – del *cóctel molotov* al apedreamiento – a la propiedad privada tales como ataques a comercios y establecimientos bancarios, a la propia residencia familiar de los perseguidos, pintadas de señalización de los ocupantes del lugar al más puro estilo persecutorio nazi. La misma coacción en el pago de “impuestos revolucionarios” como ante la indemnización millonaria exigida por los nazis tras la *Kristallnacht*.

- Daños, a sedes y locales de los partidos políticos constitucionalistas perseguidos, a sedes de las organizaciones cívicas y de víctimas de los perseguidores. Junto a esto el propio relato de las conductas de *kale borroka* de las *Sturm Ableitungen* (SA) del partido nazi antes de alcanzar el poder, como forma de ganar la calle y paralizar a la ciudadanía y como demostración de fuerza en el contexto de la persecución judía y del arco democrático alemán.

- Graves actos vejatorios de toda índole contrarios a la integridad moral de los sujetos objeto de la persecución, como agresiones, coacciones y amenazas de toda clase.

Que tal sea el contenido material de esos *otros actos*, invocados por CASSESE, encajará por lo demás a) con el entendimiento de la profunda cualificación del injusto material de tales conductas como parte del sistema de terror inhumano en el específico contexto persecutorio, b) con el reconocimiento de todo ello en Nuremberg respecto a los daños a comercios y propiedades judías como modalidad de ataque a la humanidad, c) con

pág. 69 arianización de propiedad. También 109-110, “Ministries case” *United States v. Ernst von Weizsecker*, Case No 11);

⁴¹ O como destacará RATNER: *In the “Ministries Case” the court found that the imposition of a massive fine on jews after Kristallnacht and confiscation of possessions of inmates or deported Jews were crimes against humanity*, RATNER, *ob cit*, pág. 76.

⁴² *Vid. Décimo tercer Informe Thiam, ob cit*. En idéntico sentido favorable se expresaría también, de hecho, en su sétimo informe, párr. 81, 87-88.

⁴³ RATNER, *ob cit*, pág. 76.

⁴⁴ *Vid. Tadic* (párr. 710) o *Kupreskic* (párr. 631), *ob cit*; Sobre este interesante aspecto y junto al ya aludido séptimo informe THIAM, véase, más extensamente, RATNER, *ob cit*. apartado “*Property crimes*”, pág. 76.

el expreso reconocimiento de la coacción como posible forma comisiva de crimen contra la humanidad de deportación o traslado forzoso de población ex art. 7.2 d)⁴⁵ y, por último, con el sentido del propio artículo 7.1.k) que haría susceptible de reconocimiento como crimen contra la humanidad, más allá de la propia subsunción, como persecución, o las otras conductas, cualesquiera otros “actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”; todo lo cual dejará así de manifiesto el pleno sentido material, respetuoso con la literalidad típica en términos de legalidad, de la consideración de los crímenes de ETA bajo este prisma.

Difícilmente cabría recabar una mayor identificación de actos constitutivos de persecución en uno y otro contexto, nazi y de la organización terrorista ETA, *en conexión*, aquellos, una vez desde el poder, a asesinatos y campos de concentración constitutivos de crimen de genocidio; desde fuera del poder ETA– y al igual que antes el partido nazi durante su conspiración contra la república de Weimar aprovechando los medios democráticos y su brazo armado las SA antes de acceder al mismo – *en conexión* a su vez a los asesinatos y desapariciones forzadas *selectivos* constitutivos de crímenes contra la humanidad como los antes elencados, en lo que creemos se captan adecuadamente las diferencias propias a ambas tipologías de crímenes internacionales; ambas abarcadas en la invocación del 7.1.h), por lo demás, al tipificar la persecución.

a.3) En cuanto al elemento de la “grave privación de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional” conforme el artículo 7.2.g), entendemos que viene a representar, esencialmente, una comprensible cláusula garantista en cuanto al umbral de ofensividad material. Esto es, incluso en el contexto de hostigamiento sistemático los actos persecutorios autónomos – más allá por tanto de las coacciones conducentes al traslado forzado en lesión de derechos como el de elegir libremente la residencia ex art. 12 del Pacto internacional de Derechos Civiles o la prohibición de toda forma de destierro en virtud del artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ⁴⁶, y más allá también de las violaciones de los derechos a la vida o a la libertad deambulatoria afectados por asesinatos o privaciones de libertad – , esos otros actos persecutorios cualificados habrán de resultar al igual que los restantes tipos del 7.1.h en efectivas *afectaciones graves* de los derechos humanos, so pena de incurrir en un riesgo de aplicación extensiva en un determinado contexto persecutorio ante conductas que pudiesen ser abarcadas de forma impropia por la maquinaria penal internacional.

El art. 7.2.g) del Estatuto al requerir la “privación grave” de derechos fundamentales vendría a operar así, tal último umbral en términos de relevancia penal internacional de los actos persecutorios incluso dadas todas las anteriores circunstancias objetivas en los ataques⁴⁷.

⁴⁵ Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional

⁴⁶ Nótese todavía como, justamente, y conforme la Observación General 27 formulada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*Liberty of movement is an indispensable condition for the free development of a person. It interacts with several other rights enshrined in the Covenant (...) The State party must ensure that the rights guaranteed in article 12 are protected not only from public but also from private interference*”. Vid. *General Comment No. 27: Freedom of movement (Art.12): . 02/11/99. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27. (General Comments)*, ptos. 1 y 6.

⁴⁷ Nótese, por lo demás, como todavía a las alturas del décimo tercer informe sería debatido la posible denominación alternativa de los crímenes hoy tipificados en el artículo 7 del Estatuto de Roma como “Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos” conforme el artículo 21 del proyecto, donde se contemplaba igualmente la “Persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales;” a lo

Tal ha de ser nuevamente el caso, a nuestro juicio, de la persecución perpetrada por la organización terrorista ETA de forma sistemática y sostenida a lo largo de los últimos treinta años, muy especialmente en relación a los siguientes derechos humanos:

- Grave afectación del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus distintas vertientes – “derecho de todo individuo a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”⁴⁸.

- Grave afectación del artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos mediante sometimiento de los perseguidos al trato cruel, inhumano o degradante de la persecución en si, adicional referente objetivo éste que sería, de hecho, específicamente barajado en el seno de los debates de la Comisión THIAM⁴⁹. En este sentido la característica de la *inhumanidad* del contexto persecutorio nos resulta a todo punto congruente para su apreciación en términos de persecución de lesa humanidad; al tiempo que nos resulta plenamente reconocible en el ensañamiento, crueldad y desentendimiento de toda humanidad desplegado hacia sus perseguidos por la organización terrorista ETA. Dicho común denominador en cuanto a lo que CASSESE definirá como un carácter particularmente odioso, el hecho de que constituyan un serio ataque a la dignidad humana o una grave humillación de uno o más seres humanos⁵⁰, será aquí, pues, igualmente reconocible.

- Grave violación del Derecho a la libertad de conciencia del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles en conexión al artículo 19.1 que señala expresamente que “nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”, singularmente relevante, si cabe, en los supuestos de profesionales de la información, intelectuales, docentes y representantes políticos y sociales.

- Grave injerencia en la vida privada y familiar, ex art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, singularmente en los supuestos de ataques y pintadas señalizadoras a los ejecutores, del domicilio familiar⁵¹.

b) *Análisis de los elementos del tipo subjetivo del crimen contra la humanidad de persecución ex artículo 7.1.h del Estatuto de Roma.*

que THIAM contestaría “Si el proyecto actual abandonara la expresión de crímenes contra la humanidad, cabría preguntarse por las razones de ese cambio. ¿Tiene la Comisión una buena razón para reemplazar la expresión "crímenes contra la humanidad" por la expresión "violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos"? , cabe dudar de ello”, *Décimo tercer informe Thiam*, ob cit. párr. 86.

⁴⁸ En especial en términos de afectación genuina de la libertad en su más amplio sentido como de sometimiento a una situación de inseguridad personal como parte verdaderamente inescindible del terror persecutorio. Justamente sin sometimiento forzado a una sensación de inseguridad personal el terror perdería toda virtualidad y sentido. Obviamente vida y libertad serán mucho más hondamente afectados por secuestros y atentados pero dicha violación nos resulta ya pareja a esos otros delitos de lesa humanidad de asesinato o desaparición forzada a los que la conducta persecutoria debe hallarse “en conexión”, pero diferenciados de esta en cuanto a su subsunción típica.

⁴⁹ Así de hecho y en el seno de los debates de la comisión THIAM y ante las anteriormente aludidas dificultades de tipificación *certa* el Gobierno de Bulgaria propondría que la expresión "persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales" fuese complementada con la mención "incluidos los tratos inhumanos y degradantes basados en esos motivos", *Décimo tercer informe Thiam*, ob cit, pto. 72.

⁵⁰ CASSESE, A., GAETA, P. y D. Jones, J.R.W. [Ed], (2002): *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, pág. 361.

⁵¹ Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Partiendo de la consabida diferenciación conceptual entre el tipo de crimen contra la humanidad y el de genocidio – de la ausencia de dificultades respecto a la inclusión del grupo político como objeto de protección, tanto como de la paralela ausencia de requerimiento del adicional dolo específico de destrucción del grupo objetivo en el primero a diferencia del segundo⁵² – el tipo persecutorio del art. 7.1.h del Estatuto de Roma requerirá de un lado, en lo volitivo, la comisión de la conducta descrita como “fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables”, al tiempo que, en segundo lugar, el artículo 7.1 vendrá a exigir, de modo común a todos los tipos de lesa humanidad, su perpetración “con conocimiento” del contexto sistemático o generalizado del ataque, con particular interés esto último para los perpetradores de los actos de persecución hacia una única víctima en su propio entorno rural.

En cuanto al primero de dichos elementos subjetivos del art. 7.1.h) ETA perseguirá a todas aquellas personas alineadas con la defensa de la Constitución española de 1978, sea esta una defensa *expresa* en razón de un compromiso cívico o político personal manifestado de alguna forma (ejercicio de la libertad de expresión, asociación, filiación política o sindical, etc), o *tácita* en razón de la asunción de los deberes y obligaciones propios al oficio o cargo institucional ocupado dentro del sistema constitucional. El adicional componente étnico de la persecución terrorista debe ser igualmente constatado, si bien creemos que el fundamento político, en cuanto a la subsunción típica de la motivación persecutoria, resulta prevalente.

En cuanto al grado de *conocimiento* requerido por parte de los participantes en los actos persecutorios, y como señalará CASSESE en sus comentarios al Estatuto, *ello no deberá ser interpretado como un requerimiento de prueba de que estos tenían conocimiento de todas las características del ataque o del preciso detalle del plan o política del Estado o la organización*⁵³, bastando el conocimiento de la pertenencia de la víctima al colectivo perseguido.

III. Aut Dedere aut Judicare: el necesario reenvío del crimen de persecución a la Corte Penal Internacional ante las carencias de la legislación española y a la luz del fallo Scilingo del TS.

⁵² A diferencia de ello, por tanto, y tal y como se señalará en el caso *Tadic* de la Corte Penal Internacional para la antigua Yugoslavia: “(...) with regard to the mens rea element required for the criminal responsibility of a person for acts committed within a common purpose but not envisaged in the criminal design, that court either applied the notion of an attenuated form of intent (*dolus eventualis*) or required a high degree of carelessness (*culpa*) (...) It should be noted that more than negligence is required. What is required is a state of mind in which a person, although he did not intend to bring about a certain result, was aware that the actions of the group were most likely to lead to that result but nevertheless willingly took that risk. In other words, the so-called *dolus eventualis* is required”, *Tadic*, ob cit, párrs. 219 y 220. Sobre las distintas perspectivas de genocidio político, relativizables a su vez para dicho autor, véase así mismo SERRANO PIE DE CASAS, J.R. (2000): “6.2. Genocidio” en: GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords): *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, el caso Pinochet*. pág. 104-128, singularmente los apartados 6.2.3 y 6.3.

⁵³ CASSESE, ob cit., pág. 92; Y así a nuestros efectos y en cuanto a la creación acumulativa del contexto persecutorio, el exilio forzado de miles de seres humanos y las restantes conductas apuntadas, el artículo 30 del Estatuto de Roma vendrá a señalar: “2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido”.

Una vez constatado el carácter plenamente subsumible de la conducta persecutoria de ETA *ex* artículo 7.1.h del Estatuto de Roma, la primera consecuencia a examinar será respecto el conocido principio de Derecho penal internacional *aut dedere aut judicare*, el deber universal de todo Estado de juzgar o entregar a todo responsable de crímenes contra la humanidad que se halle en su territorio⁵⁴, sin posibilidad de invocación tampoco del derecho de asilo en ningún Estado ante la justicia universal.

En cuanto a España y partiendo de la propia Resolución 3074 de la Asamblea General de Naciones Unidas, en sus puntos primero y segundo, le alcanzará tanto el deber universal de perseguir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad “dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido” como el derecho de juzgar a sus propios nacionales implicados en los mismos⁵⁵.

Pero dicha inicial, lógica, preferencia jurisdiccional española ni presupone, ciertamente, una máxima absoluta, ni resulta tolerable tampoco la constitución de situaciones de impunidad ante este tipo de ofensas internacionales, dada la existencia de impedimentos, de cualquier índole, en el concreto orden nacional español; de ahí tanto el fundamental principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma *ex art.* 1 respecto la jurisdicción española, a la luz del art. 17 del mismo –a entenderse aquí, particularmente, en cuanto a su apartado tercero y la circunstancia no ya de no existir voluntad de enjuiciamiento sino, justamente, de no hallarse el Estado “por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio” – como, de otro lado, el propio tenor del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, en su principio 21, conforme el cual:

“los Estados deberán emprender medidas eficaces, incluida la aprobación o la enmienda de la legislación interna, que sean necesarias para permitir que los tribunales ejerzan la competencia universal con respecto a delitos graves de conformidad con el derecho internacional, de acuerdo con los principios aplicables del derecho consuetudinario y del derecho de los tratados. Los Estados deberán garantizar que cumplen plenamente todas las obligaciones jurídicas que han asumido para iniciar procesos penales contra las personas respecto de las cuales hay pruebas fidedignas de responsabilidad individual por delitos graves con arreglo al derecho internacional si no extraditan a los sospechosos o los transfieren para ser juzgados ante un tribunal internacional o internacionalizado”⁵⁶.

⁵⁴ Para un estudio del mismo en toda su extensión es obligada aquí la remisión a CHERIF BASSIOUNI, M. y M. WISE, E. (1995): *Aut Dedere Aut Judicare, The duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London.

⁵⁵ “1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. 2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.” Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973.

⁵⁶ En el mismo sentido a los antedichos artículos, se expresará el principio 20, relativo a la delimitación de competencias entre las jurisdicciones nacionales, extranjeras, internacionales e internacionalizadas: “La competencia territorial de los tribunales nacionales en principio sigue siendo la norma en lo tocante a los delitos graves con arreglo al derecho internacional. De conformidad con las disposiciones de sus estatutos, podrá admitirse la competencia concurrente de un tribunal penal internacional o de un tribunal penal internacionalizado cuando los tribunales nacionales no ofrezcan garantías satisfactorias de independencia e imparcialidad o cuando les resulte materialmente imposible desempeñar debidamente sus investigaciones o su seguimiento de una causa criminal (...)” Vid. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad – aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 8 de febrero de 2005. “B. Delimitación de competencias entre las jurisdicciones nacionales, extranjeras, internacionales e internacionalizadas”, Principio 20. competencia de los tribunales penales internacionales e internacionalizados.

Tal creemos que es, justamente, la actual situación de imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones de enjuiciamiento de los responsables del crimen internacional de persecución por parte de los tribunales españoles ante la sorprendente ausencia de tipificación de dicho crimen internacional en nuestro Código penal; y, muy especialmente, a la luz de la reciente sentencia *Scilingo* en sede del Tribunal Supremo español y la no aplicabilidad directa de figuras del Derecho penal internacional consuetudinario que no estuvieran vigentes en el derecho positivo español en el momento de comisión de los hechos – frente a las propias tesis sostenidas por la Audiencia Nacional en el sentido contrario y tal y como, de hecho, autores como GIL GIL ya nos habían anticipado que era previsible en razón a la observancia debida al principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución⁵⁷ –. Aún si, a la luz del artículo 7.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contrario al Convenio – “no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales” –, siendo así necesaria “una previa transposición operada según el derecho interno”.

En definitiva, y en palabras del Tribunal Supremo:

“La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, sólo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento”.

Conforme dicha praxis aplicativa ni tan siquiera una reforma de urgencia de nuestro Código penal – incorporando al artículo 607 bis una conducta delictiva que nunca debió restar ausente del mismo en realidad – ello permitirá ningún tipo de aplicación retroactiva a la propia reforma penal interna, de igual modo que respecto *Scilingo* no resultan de aplicación el propio 607 bis con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la reforma, día 1 de octubre de 2004, aunque las figuras en cuestión resulten perfectamente reconocidas en lo internacional desde 1946 como trató de apuntar la Audiencia Nacional.

Es en ese sentido, y a la luz de la jurisprudencia de casación del Tribunal Supremo español, que nos cabe entender la reciente LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se establece la regulación de los crímenes de lesa humanidad en el Código Penal español como contraria – en lo tocante al crimen de persecución – a los deberes de lucha a la impunidad contraídos por España en los términos del punto octavo de la antedicha resolución 3074 de la Asamblea General de Naciones Unidas⁵⁸; y ello pese a que conforme la propia exposición de motivos de dicha Ley Orgánica se alegue, precisamente, la pretensión de una mejor coordinación entre nuestra legislación nacional y la internacional en cuanto a la

⁵⁷ STS n.º 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fto. Jco. Séptimo, en particular los ptos. 3, 4 y ss. Precisamente, autores como, destacadamente, GIL GIL, ya habían anticipado la previsión de un tal resultado a la luz del previo desenlace en sede de Audiencia Nacional, vid. GIL GIL, A. (2005): “La sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso *Scilingo*”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7. <http://www.criminet.ugr.es/recpc>; de igual interés para nosotros GIL GIL, A. (2006): *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Comares, Granada. Con las tesis de la Audiencia Nacional, en cambio vid. CAPELLA I ROIG, M. (2005): “Los crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*”, en: *Revista electrónica de estudios internacionales*, N.º. 10, 2005, <http://www.reei.org/>

⁵⁸ 8. Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

regulación del 607 bis CP ⁵⁹; al tiempo que restará desfasada respecto a figuras como la desaparición forzada de personas, en especial a la luz de la jurisprudencia internacional, antes incluso de la aprobación de la nueva Convención internacional en la materia de 20 de Diciembre de 2006.

Así las cosas y al margen de adicionales intervenciones correctoras del Tribunal Constitucional a este respecto – acaso a la luz de la reciente decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia* que justamente vendrá a posicionarse en el mismo sentido de la Audiencia Nacional en cuanto a la validez de aplicar retroactivamente una norma penal que incorpora, en realidad, una norma previa de Derecho Internacional Penal consuetudinario en materia de crímenes internacionales⁶⁰ – la situación de impunidad resultante en el momento actual respecto la perpetración por ETA del crimen de lesa humanidad de persecución queda, por tanto, a la vista como consecuencia de la deficiente técnica legislativa de recepción de la figura delictiva del artículo 7 del Estatuto de Roma.

El recurso a la jurisdicción complementaria del Tribunal penal internacional, precisamente ante dicha imposibilidad doméstica y en aplicación de la figura de la *remisión de casos por parte de los propios Estados miembros* ex artículos 13 y 14 del Estatuto – como del aludido artículo 17.3 – aparece, pues, indicado.

Ello ha de corresponderse, además, congruentemente con el claro compromiso mostrado por las instituciones españolas en la lucha a la impunidad de este tipo de crímenes en otros lugares como Tibet o Guatemala, y resultar preferible a la remisión de tales informaciones directamente por individuos u organizaciones en razón del principio 19 de lucha a la impunidad – papel éste conferido a las víctimas que justamente en tradiciones jurídicas como la española tampoco ha de sorprendernos – y conforme prevé por su parte el juego de los arts. 13, 15, 42.1 y 53.1 del Estatuto respecto la posibilidad de actuación de oficio del Fiscal de la Corte a partir de las informaciones recibidas.

Con todo, y tal y como señala el principio 20 del *Conjunto de principios para la protección de los derechos humanos mediante la lucha a la impunidad*:

“Los Estados deberán asegurarse de que satisfacen plenamente sus obligaciones jurídicas con respecto a los tribunales penales internacionales e internacionalizados, incluso, cuando sea necesario, mediante la promulgación de leyes internas que permitan a los Estados cumplir obligaciones dimanantes de su adhesión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o con arreglo a otros instrumentos vinculantes, y mediante la puesta en práctica de las obligaciones aplicables de aprehender y entregar a las personas sospechosas y de cooperar con respecto a las pruebas”.

Esto es, bien se dé la propia remisión del caso a la Corte penal internacional por parte de España, o una actuación directa ante ésta de las propias víctimas y organizaciones cívicas, restarán igualmente vigentes tanto la obligación de introducir el crimen de lesa humanidad de persecución en nuestro Código penal – para adecuarnos, *realmente*, a la tipificación internacional en la materia – como la obligación de España de cooperar con las investigaciones de la Corte en los amplios términos de los artículos 86 y siguientes del

⁵⁹ Apdo. III, k) Exposición de motivos, Ley O 15/2003 de 25 de Noviembre, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre, del Código Penal.

⁶⁰ A su vez reenviables a los casos Papon y Tovier, como señalará el propio Tribunal. Vid. *Papon v. France* (no. 2) (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII, y *Tovier v. France*, no. 29420/95, decisión de la Comisión de 13 de enero de 1997, Decisiones e Informes 88-B, p. 161), así como *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006.

Estatuto, relativos a la cooperación internacional y la asistencia judicial a la Corte de todo interés en sus muy distintos aspectos, a los que nos remitimos sin más aquí, – singularmente sus artículos 92 y 93 relativos, entre otras cosas, a la posibilidad de realizar detenciones provisionales de los implicados en tales crímenes internacionales, o a deberes como los relativos a la protección de víctimas y testigos y preservación de pruebas de tales crímenes internacionales objeto de la intervención de la Corte penal internacional – ; aspectos todos ellos de renovadas implicaciones para un amplio número de *perseguidos* de ETA y ante lo cual el Estado firmante del Estatuto debe mostrar la *debida diligencia*.

IV. Conclusiones: contra todas las formas de impunidad en los crímenes de lesa humanidad de la organización terrorista ETA a la luz del legado de Nuremberg.

1- Los crímenes de ETA son susceptibles de constituir distintos crímenes contra la humanidad a la luz de la constatable evolución de la responsabilidad penal internacional de los actores no estatales consagrada en Nuremberg. Al igual que en su día el partido nazi y sus organizaciones satélite, la organización terrorista ETA y su entramado multiforme y cambiante constituye una “pirámide de poder al margen de la ley” con capacidad de ejercer un férreo control social hasta el punto de llegar a poder “neutralizar el poder legítimo” del Estado en amplias zonas, sobre todo rurales, de Euskadi.

2- En particular, muchas de las conductas habitualmente englobadas como de “terrorismo de baja intensidad” resultan subsumibles, sea en cuanto a sus elementos objetivos como a sus elementos subjetivos, en la figura de lesa humanidad de persecución ex artículo 7.1.h del Estatuto de Roma y a la luz del legado de Nuremberg respecto la persecución del arco democrático alemán y la *Kristallnacht*, o noche de los cristales rotos. Junto a esta tipología, los delitos de asesinato de lesa humanidad, traslado forzado de población y desaparición forzada habrán de ser tomadas en cuenta con particular atención.

3- Bajo el prisma del principio *aut dedere aut judicare*, y a falta de la debida recepción en el artículo 607 bis del C.P. del crimen de persecución – y de las consiguientes limitaciones puestas de manifiesto, en términos de legalidad, en la reciente resolución *Scilingo* por parte del Tribunal Supremo en cuanto a la aplicabilidad directa de figuras de derecho penal internacional consuetudinario directamente proveniente de Nuremberg por parte de la jurisdicción española –, el deber contraído por España en la lucha a la impunidad requiere la remisión del caso a la Corte Penal Internacional en virtud del artículo 14 del Estatuto de Roma. Ello sin perjuicio del recurso directo a la misma por parte de las propias organizaciones de víctimas, en razón del principio 21 del Conjunto de principios actualizados para la lucha a la impunidad y conforme prevé igualmente por su parte los arts. 15, 42.1 y 53.1 del Estatuto de Roma respecto la posibilidad de actuación *de oficio* del Fiscal de la Corte a partir de las informaciones recibidas, en conexión al art. 17.3, al no hallarse el Estado “por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio” – como lo es la sorprendente deficiencia y desentendimiento legislativo respecto una tal figura criminal internacionalmente reconocida desde hace décadas en todos los tribunales penales internacionales que han existido hasta el momento – en cabal observancia, pues, de las exigencias del principio de complementariedad.

4- Una vez establecida la subsunción dentro del carácter de *lesa humanidad* de las conductas analizadas, el *Conjunto de principios actualizados para la lucha a la impunidad* – anudando en realidad resultados en gran parte ya reconocibles en virtud de los tratados y jurisprudencia internacional – contemplarán: a) la imposibilidad de conceder asilo político a los responsables de crímenes contra la humanidad, b) la invalidez de amnistías y leyes de

punto final, así como, muy especialmente, c) fuertes restricciones al principio *ne bis in idem*, aspectos estos que han sido además recientemente confirmados con gran contundencia por la sentencia *Almonacid Arellano contra Chile* que, en particular y respecto esto último, llegará a sostener la posibilidad de reabrir proceso en lo internacional incluso por crímenes previamente juzgados como delitos ordinarios: “en lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto (...) si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*” (párr. 154), lo que conjuntamente a d), la imprescriptibilidad de tales conductas de lesa humanidad, puede suponer enormes consecuencias de cara al enjuiciamiento de actos persecutorios que – con independencia del previo resultado penal bajo el derecho penal ordinario español –, puedan permanecer hoy impunes en toda su dimensión de actos de lesa humanidad ante la justicia penal internacional.

5- Junto a dichas obligaciones de investigar y enjuiciar en tales términos a los responsables de crímenes internacionales, los deberes de lucha a la impunidad de España contra este tipo de crímenes, conforme dichos mismos principios, habrán de ir más allá para abarcar igualmente “la reparación de los perjuicios sufridos” y la obligación “de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”, pues la desatención de ambos aspectos constituye, en sí mismo, una forma de impunidad; esto es, una doble dimensión del deber reparatorio tanto hacia las concretas víctimas individuales como hacia las propias sociedades escenario de tales crímenes. Por ello, y aún desde la debida observancia de las limitaciones de espacio del presente estudio, varias nociones habrán de ser, cuando menos, mencionadas a este respecto. En cuanto a la vertiente reparatoria hacia las víctimas concretas, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por Resolución 60/147 de la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, han de tener un hondo impacto en la vigente ley 32/1999 de 8 de octubre de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, desde el mismo reconocimiento de una tal condición de “víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos” para los perseguidos por ETA hasta la ampliación de las reparaciones debidas en lo indemnizatorio incorporando entre otras indemnizaciones morales y por lucro cesante a los exiliados forzosos; la incorporación de las más amplias dimensiones reparatorias de la *restitución, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición* conforme los mismos, y tal y como recoge en su artículo 75 del propio Estatuto de Roma, será otra de las principales consecuencias de la comprensión de los crímenes de ETA como crímenes contra la humanidad.

En cuanto a la vertiente reparatoria social uno y otro texto contemplarán la necesidad de establecer, con las debidas garantías, una Comisión de la Verdad ante este tipo de crímenes dada la necesidad de dismantelar el característico sistema de volteamiento de la realidad, inducido artificialmente por los responsables de crímenes contra la humanidad mediante la violencia y como parte de la estrategia negacionista. En definitiva, y concluyendo con el Conjunto de principios de lucha a la impunidad (principio segundo):

“Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias

y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”.