



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

TIPIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES DE ETA COMO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD A LA LUZ DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

**Alumno: PILAR MONTIJANO
FERNANDEZ**

MAYO 2021

RESUMEN

El Derecho Penal Internacional busca evitar la impunidad frente a las conductas más graves y atroces que atentan contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Estas conductas son las constitutivas de crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y agresión. Ni en la Carta del Tribunal de Nüremberg, ni en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia o en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se establece el terrorismo como un crimen de la competencia de estos tribunales. Únicamente el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, consagra los “actos de terrorismo” como un crimen de su competencia. A través de un proceso de investigación y análisis de tratados, costumbres y jurisprudencia, se logran identificar conductas constitutivas de terrorismo en la primera mitad del siglo XX y se describe el tratamiento penal internacional que a través de instrumentos y decisiones se dio a esas conductas. Así, se establece que el Derecho Penal Internacional no es ajeno al terrorismo ni desde el punto de vista fáctico ni jurídico, contemplando en algunos hechos expresamente al terrorismo como un crimen de derecho internacional, y subsumiendo, en otros casos, el terrorismo dentro de alguna de las categorías constitutivas de dichos crímenes. Este trabajo está encaminado a esclarecer la relación del terrorismo con el crimen de lesa humanidad mediante situaciones constitutivas de actos terroristas en un periodo histórico y la respuesta jurídica dada por la sociedad española a través de sus tribunales.

Palabras clave: terrorismo, derecho penal internacional, Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional.

ABSTRACT

International criminal law seeks to prevent impunity for the most serious and heinous conduct that threatens the peace, security and well-being of humanity. Such conduct is constituted by war crimes, crimes against humanity, genocide and aggression. Neither the Charter of the Nuremberg Tribunal, nor the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia or the Rome Statute of the International Criminal Court establishes terrorism as a crime within the jurisdiction of these tribunals. Only the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda enshrines "acts of terrorism" as a crime within its jurisdiction. Through a process of research and analysis of treaties, customs and jurisprudence, it is possible to identify conducts that constituted

terrorism in the first half of the 20th century and describes the international criminal treatment given to these conducts through instruments and decisions. Thus, it establishes that International Criminal Law is no stranger to terrorism from either a factual or legal point of view, in some cases expressly contemplating terrorism as a crime under international law, and in other cases subsuming terrorism within one of the constituent categories of these crimes. This work is aimed at clarifying the relationship between terrorism and crimes against humanity through situations constituting terrorist acts in a historical period and the legal response given by Spanish society through its courts.

Key Words: terrorism, international criminal law, Rome Statute, International Criminal Court.

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN	6
2	DEFINICIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS	6
3	LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DE TERRORISMO Y DE LESA HUMANIDAD	11
3.1	TERRORISMO.....	11
3.1.1	NATURALEZA DE CRIMEN INTERNACIONAL.....	11
3.1.2	CONCEPTO	13
3.1.3	CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE EL TERRORISMO	16
3.1.4	PROYECTO DE UN CONVENIO GENERAL SOBRE EL TERRORISMO	19
3.2	CRIMEN DE LESA HUMANIDAD	20
3.2.1	CONCEPTO Y MARCO LEGAL	20
3.3	TERRORISMO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD.....	24
4	LOS CRÍMENES DE ETA: TERRORISMO O CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.....	27
4.1	INTRODUCCIÓN HISTÓRICA.....	27
4.2	CONSIDERACION DE LOS CRÍMENES DE ETA COMO CRIMENES DE LESA HUMANIDAD	29
4.2.1	Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000).....	31
4.2.2	El Auto de 9 de julio de 2015, del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 35	
4.2.3	El Auto de 27 de octubre de 2015 de procesamiento de cinco integrantes de la cúpula de la organización terrorista ETA.....	36
4.2.4	Auto de 20 de abril de 2016 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3.	39
4.3	POSIBILIDAD DE ENJUICIAMIENTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	40

4.3.1	NATURALEZA DE LAS COMPETENCIAS DE LA CORTE	40
4.3.2	POSIBILIDAD DE ACUDIR A LA CPI.....	44
5	CONCLUSIONES	45
6	BIBLIOGRAFIA.....	47
6.1	DOCTRINA.....	47
6.2	REFERENCIAS LEGALES.....	49
6.3	JURISPRUDENCIA CITADA DE LA AUDIENCIA NACIONAL	50

1 INTRODUCCIÓN

Tras una aproximación a la noción de crímenes internacionales como manifestación más grave de la violación de los derechos más básicos e inalienables del ser humano, inherentes a su propia existencia, y de entre ellos, un examen del marco legal internacional sobre el terrorismo y los crímenes de lesa humanidad, en este trabajo se aborda la cuestión de si el delito de terrorismo se puede encuadrar dentro de las conductas típicas del crimen de lesa humanidad, y en relación con esta cuestión, si por lo tanto se pueden calificar crímenes cometidos por ETA como crímenes de lesa humanidad, y siendo un crimen de derecho internacional, si la competencia para su enjuiciamiento, no obstante encontrarse tipificado en el ordenamiento penal interno español, podría ser ostentada en el plano internacional por la Corte Penal Internacional. Este trabajo consta de tres capítulos: el primero se dedica a los crímenes internacionales y su relación con los derechos humanos;- en el segundo capítulo se delimitan los conceptos de terrorismo y crimen de lesa humanidad y su tratamiento por el Derecho Internacional; y en el capítulo tercero se aborda la problemática de la tipificación de los crímenes de ETA como crímenes de terrorismo o como crímenes de lesa humanidad desde el estudio de los distintos pronunciamientos emitidos por la Audiencia Nacional española. Finalmente, desde una consideración de los actos de ETA como crímenes de lesa humanidad la cuestión de la competencia de la Corte Penal Internacional para su enjuiciamiento.

Siguiendo el método deductivo, el contenido se apoya en la doctrina científica jusinternacionalista, en los textos legales internacionales –tratados, resoluciones de Naciones Unidas e informes de sus organismos-, así como, en el ámbito español al examen, en el Código Penal español y la jurisprudencia de la Audiencia Nacional española.

2 DEFINICIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

Partiendo de la base de que el Derecho Penal Internacional es una rama del Derecho internacional que a su vez mantiene una íntima ligazón con el Derecho penal, MORILLAS CUEVA¹ establece la relación entre ambas diciendo que *el Derecho Penal Internacional es un conjunto de delitos cuya valoración se enfoca desde una perspectiva*

¹ Morillas Cueva, L. (2018). *Sistema de derecho penal. Parte general*. Ed. Dykinson, Madrid. Pp 39-40.

internacional. Por tanto el Derecho Penal Internacional comprende un elenco de crímenes cuya punibilidad, lógicamente, se fundamenta en una norma de derecho supranacional con independencia del derecho interno. Su tipificación tiene como finalidad tutelar los bienes jurídicos de la sociedad internacional, diferenciándolos así de los delitos comunes o domésticos.

QUINTANO RIPOLLÉS² distinguió tres posibilidades de valoración de estos delitos: A) Delitos que a pesar de estar tipificados en la legislación penal interna de cada país interesan a lo internacional pues rebasan ese mismo Ordenamiento nacional en atención al bien jurídico violado y al propio fin de la norma. B) Delitos de elaboración internacional, los cuales al igual que los anteriores tienen su inclusión en el ordenamiento interno pero además obedecen una necesidad de persecución internacional jurídicamente reconocida. C) Delitos internacionales impuestos por un Organismo internacional o supranacional.

De acuerdo con WERLE³ los crímenes de derecho internacional tratan de proteger los bienes jurídicos esenciales para la existencia de la sociedad internacional. Tales bienes jurídicos son “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”, propósitos esenciales de la Carta de San Francisco en su artículo primero⁴. Por lo tanto, cuando se realiza una conducta constitutiva de crimen internacional, se está atentando directamente contra ellos. Esta afirmación es reconocida en el Estatuto de Roma en su preámbulo⁵. Además estas conductas también pueden ser consideradas pluriofensivas, como en el caso de los crímenes de lesa humanidad, siendo compatible en ese caso con el delito de terrorismo ya que cabe la posibilidad de atacar contra bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad física y al mismo tiempo contra bienes jurídicos colectivos como los antes descritos.

² Quintano Ripollés, A. (1995). *Tratado de derecho Penal Internacional e internacional penal*, Tomo I, Ed. Instituto Francisco de Vitoria., Madrid, pp 34 y ss.

³ Werle, G. (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. pp 92-98.

⁴ Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945. Artículo 1. “Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz [...]”.

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, supra 9. Preámbulo. Párrafo 3: “Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad...”.

Continuando con el análisis de los delitos del Derecho Penal Internacional y como explica JIMÉNEZ GARCÍA⁶, estos crímenes internacionales mantienen una doble caracterización: formal, por ser una infracción establecida por una norma internacional (convencional o consuetudinaria), y material, pues sigue siendo un atentado contra el orden público de la sociedad internacional debiendo cometerse en un contexto de violencia generalizada o sistemática (elemento internacional del crimen). A esta caracterización se le añade un tercer elemento penal/procesal que se sustenta en los principios de responsabilidad penal individual y jurisdicción universal pues estos evidencian el interés universal en la persecución de crímenes a nivel internacional y nacional.

Por otro lado, no podemos tratar la tipificación de crímenes internacionales sin tener en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos, ya que éstos son valores universales y garantías jurídicas protectores de personas y grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades fundamentales, los derechos y la dignidad humana. Estos derechos humanos implican el respeto, la protección y el cumplimiento de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales⁷, aunque el concepto de crímenes internacionales enlaza con un grupo concreto de ellos, los denominados básicos e inalienables relaciones con el derecho a la propia vida y a la integridad de los seres humanos, principalmente.

Gracias a estos derechos humanos los Estados están obligados a tener en consideración determinadas situaciones y a su vez les prohíben consentir otras. Así pues tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, siendo este respeto esencialmente la obligación de no interferir con el ejercicio de los derechos. Además estos Estados deben adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, judicial, administrativo o educacional para cumplir con sus obligaciones jurídicas. Podemos ver como ejemplo cómo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que *“los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para asegurar que las entidades privadas*

⁶ Jiménez García, F. (2006) “Derecho Internacional Penal y Terrorismo: Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”. *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*. Ed. Universidad del País Vasco. Pp 37 y ss.

⁷ Organización de las Naciones Unidas (1945) “Capítulo IX: Cooperación internacional económica y social”. *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco. Art. 55 c), *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), art. 2, *Declaración y Plan de Acción de Viena* (1993).

no ejercen torturas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes a otros individuos sometidos a su poder”⁸.

Aunque los derechos humanos comprendidos en el derecho internacional consuetudinario son aplicables a todos los Estados, sólo los Estados que hayan ratificado determinados tratados tienen obligaciones en virtud de estos. Hay multitud de mecanismos para hacer que cumplan sus obligaciones, como la evaluación por órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados o el hecho de otorgar capacidad a las personas para reclamar por una violación de sus derechos a órganos internacionales. Particularmente en la lucha contra el terrorismo, en la cual todos los Miembros de las Naciones Unidas están obligados a adoptar medidas tanto conjuntas como separadas en cooperación con las Naciones Unidas, cuya finalidad es lograr los propósitos enunciados en el Artículo 55 de su Carta⁹:

“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y

El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”

Es fundamental señalar el alcance territorial de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de un Estado. Esta obligación jurídica se trata en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰. Así lo confirmó el Comité de

⁸ Comité de Derechos Humanos (2004), *Observación general N° 31*, p 3.

⁹ Organización de las Naciones Unidas (1945) “Capítulo IX: Cooperación internacional económica y social”. *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco.

¹⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), “Parte II” *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos*, Nueva York. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

Derechos Humanos en su observación general N°31 (2004)¹¹, que obliga a los Estados a garantizar los derechos del Pacto a todas las personas en su territorio y sujetas a su jurisdicción, por lo tanto la obligación es con cualquier persona que esté sometida a su poder aunque no se halle en el territorio.

Tanto las normas nacionales como internacionales de derechos humanos establecen que los Estados tienen el derecho y la obligación de proteger de los ataques terroristas a las personas que se hallan dentro de su jurisdicción. Más en concreto, se reconoce la obligación de los Estados el velar por el respeto del derecho a la vida y a la seguridad.

Como parte de esta obligación, los Estados deben tomar todas las medidas apropiadas y necesarias para salvaguardar la vida de los que se hallen dentro de su jurisdicción. Esta obligación establece que los Estados deben contar con sistemas efectivos de justicia penal y de cumplimiento de la ley como medidas para disuadir la comisión de delitos y para investigar las violaciones donde sea que ocurran, velar por el enjuiciamiento de los presuntos actos delictivos, dar a las víctimas remedios efectivos y tomar las medidas necesarias para prevenir una repetición de las violaciones¹². Todas estas obligaciones se incluyen en el ámbito del terrorismo, asegurando la protección frente a amenazas terroristas y a cualquier otro acto delictivo de índole terrorista. Es por ello que deben adoptar medidas efectivas para prevenir y disuadir de futuros ataques terroristas así como enjuiciar a los responsables de este tipo de actos. Sin embargo, la lucha contra el terrorismo plantea graves problemas en materia de protección y promoción de los derechos humanos.

Concretando más, el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe expresamente las «medidas de terrorismo» o los «actos de terrorismo» y «los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil»¹³. La finalidad de estas prohibiciones es destacar la responsabilidad penal individual así como prohibir los castigos colectivos y «toda medida de intimidación o terrorismo»¹⁴.

¹¹ Cit. p 4.

¹² Comité de Derechos Humanos, *Opiniones sobre la comunicación N° 195/1985* (1985), pp 6 y ss. Delgado Páez c. Colombia, 12 de julio de 1990, (A/45/40 (vol. II), anexo IX, sec. D).

¹³ Organización de las Naciones Unidas (1977) *Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra*, art. 51 2), y *Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra*, art. 13 2).

¹⁴ Organización de las Naciones Unidas (1949) *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, art. 33.

3 LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DE TERRORISMO Y DE LESA HUMANIDAD

3.1 TERRORISMO

3.1.1 NATURALEZA DE CRIMEN INTERNACIONAL

La Resolución 1566 (2004) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5053^a sesión, celebrada el 8 de octubre de 2004¹⁵ en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas ha recordado que “los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza”.

JIMÉNEZ GARCÍA¹⁶ establece que los actos de terrorismo y su represión presentan una vinculación innegable con el origen y desarrollo del Derecho internacional penal. Esto es porque el terrorismo tiene su origen en el siglo XVIII, por lo tanto junto con el novedoso Derecho internacional penal son ambos relativamente recientes. Aunque de este Derecho internacional penal se puede hablar propiamente como sistema jurídico internacional autónomo, también es aún un sistema en proceso de ser jurídicamente completo. En esta línea podemos afirmar que se ha producido una conceptualización del ordenamiento internacional penal, pero no una sistematización plena, mientras que la normativa antiterrorista presenta más rasgos de sistematización que de conceptualización.

El factor consuetudinario del crimen de terrorismo y la vinculación de este a determinados principios como la responsabilidad penal individual y el principio de

¹⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2004). Punto 3 de la parte dispositiva de la *Resolución 1566*.

¹⁶ Jiménez García F. (2006), “Derecho internacional penal y terrorismo: Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”. *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*. Ed. Universidad del País Vasco. Pp. 303 y ss.

justicia universal resulta esencial para estimar que este crimen forma parte del “núcleo duro” del Derecho internacional penal, que va más allá de las fronteras de los Estados y legitima así la actuación de la Comunidad Internacional en su conjunto para la prevención y sanción de este delito.

Por su parte SOREL¹⁷ establece como necesario distinguir entre el terrorismo como hecho, es decir, la actitud ilícita, y los actos terroristas, siendo estos los métodos que serán clasificados como tal si su objetivo es crear terror. Lo importante es el efecto del acto que condiciona el “hecho” terrorista, pues el acto en sí puede ser constitutivo de otra infracción de derecho común.

En este sentido, el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, afirmaba en la *Cumbre Internacional sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad* celebrada en Madrid en 2005 que “*el terrorismo es una amenaza para todos los Estados y todos los pueblos que puede materializarse en cualquier momento y en cualquier lugar. Es un ataque directo a los valores básicos que propugnan las Naciones Unidas: el Estado de derecho; la protección de la población civil; el respeto recíproco entre las personas de diferentes religiones y culturas; y la resolución pacífica de las controversias*”. De ahí que resulte difícil concebir un terrorismo estrictamente nacional, de este modo incluso los convenios antiterroristas excluyen de su aplicación el “terrorismo nacional”, esto es, cuando el delito se haya cometido en un solo, el presunto delincuente y las víctimas sean nacional de ese Estado, el presunto culpable se halle en el territorio de Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer su jurisdicción¹⁸.

El delito de terrorismo, como expone VALLEJO PEÑA¹⁹, se ha incluido siempre en la categoría de crímenes internacionales y en un sentido amplio se ha considerado una conducta delictiva de ámbito transnacional.

¹⁷ Sorel J.M (2011), “Existe-t-il une definition universelle du terrorisme?”. *L'internationalisation du jugement des actes de terrorisme international*. Ed. Pedone, París. Pp.67-68.

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas (1997). *Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* art.3.

¹⁹ Vallejo Peña, C. (2016). “Admisión del principio de jurisdicción universal en el derecho internacional convencional”. *El estado de la jurisdicción universal en el derecho internacional y en el derecho interno español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. Pp 193 y ss.

3.1.2 CONCEPTO

“Por terrorismo se entienden comúnmente actos de violencia dirigidos contra los civiles procurando objetivos políticos o ideológicos”²⁰.

Sin embargo, es necesario resaltar que la comunidad internacional aún no ha adoptado una definición general del crimen de terrorismo, aunque sí que se han definido ciertos actos y elementos básicos en numerosas declaraciones, resoluciones y tratados a los que se puede acudir para delimitar su concepto.

En 1994 la Asamblea General aprobó la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, resolución A/RES/49/60, en cuyo párrafo 3 señaló que el terrorismo incluye «actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas», y que esos actos son «injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos».

La Convención Internacional de 1999 para la Represión de la Financiación del Terrorismo²¹, tras remitirse a los acuerdos antiterroristas adoptados en el marco del sistema de las Naciones Unidas, aporta una definición que presenta un carácter internacional desde una triple vertiente, tanto por la fuente (Naciones Unidas), como por la materia (financiación de todo terrorismo) así como por el número de ratificaciones que trasciende con creces el centenar de Estados (135 Estados partes, marzo 2005). Esta Convención define el *terrorismo* como “cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o cualquiera otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a una organización internacional realizar un acto o abstenerse de hacerlo”.

Posteriormente, en 2004, el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio describió el terrorismo como «cualquier acto... destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de

²⁰ Naciones Unidas (2008), “¿Qué es el terrorismo?” *Folleto informativo N°32: Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*, p. 6.

²¹ Asamblea General de Naciones Unidas (1999). “Preámbulo”. *Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo*. Aprobado en la resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y entrada en vigor: 10 de abril de 2002.

dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo» e identificó algunos elementos clave, haciendo referencia a las definiciones que figuraban en la Resolución 1566 de la ONU.

SOREL por su parte define el *terrorismo internacional* como un acto ilícito, cualquiera que sea su autor o su motivación, que crea una perturbación del orden público definido por la Comunidad internacional mediante la utilización de violencia grave e indiscriminada bajo diversas formas contra las personas o bienes públicos o privados con el fin de crear un clima de terror mediante la coacción.

Como vemos existen un número alto de definiciones que, aunque intentan dar respuesta en un sentido muy similar, están lejos de llegar a un consenso general. A pesar de esta falta de exactitud conceptual, la Comunidad Europea tradicionalmente ha defendido ante las Naciones Unidas que en la lucha contra el terrorismo hay que evitar las generalidades y concentrarse en actos de terrorismo concretos mediante la adhesión a los distintos convenios internacionales antiterroristas ya existentes. Por ello no ha considerado de gran utilidad la necesidad de aportar una definición de terrorismo. Si bien las principales características del terrorismo son lo suficientemente conocidas, la definición del terrorismo presenta dificultades insuperables.

Aunque desde el punto de vista tradicional de la cooperación internacional no es tan relevante la definición del concepto jurídico de terrorismo, no se puede decir lo mismo desde las perspectiva del Derecho internacional Penal, pues uno de sus principios básicos es el de la legalidad penal que resulta plasmado en la máxima *nullum crimen sine lege* que, conforme al artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI), significa que nadie será penalmente responsable ante la instancia judicial internacional competente a menos que la conducta de que se trate esté tipificada, en el momento en que tiene lugar, como un crimen internacional. Además, tal principio exige que la definición del crimen sea interpretada estrictamente sin que pueda hacerse extensiva por analogía y que, en caso de ambigüedad, sea interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

Esta disparidad conceptual ha llevado al propio Consejo de Seguridad a optar finalmente por presentar una definición de terrorismo cuyos efectos armonizadores o reglamentarios están por decidir en atención al consenso internacional que la misma

suscite. Por esta razón, las Naciones Unidas está elaborando una estrategia global en la lucha contra el terrorismo que en palabras de su Secretario General, se compone de “cinco des”: disuadir a los grupos descontentos de elegir el terrorismo como táctica para alcanzar sus objetivos; dificultar a los terroristas el acceso a los medios para llevar a cabo sus atentados; hacer desistir a los Estados de prestar su apoyo a los terroristas; desarrollar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y defender los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo²².

En resumen, es clara la ausencia de un concepto mundialmente válido para hablar de terrorismo, pero también resulta innegable que podemos contar con una amplia variedad de definiciones que todas vienen a resaltar unos caracteres básicos de la conducta terrorista.

Con todo, la ausencia de un concepto unívoco, ha incidido incluso en su falta de consideración como crimen autónomo competencia de la Corte Penal Internacional, de hecho, durante la elaboración del ECPI varias delegaciones abogaron por la incorporación del terrorismo en la jurisdicción de la Corte como delito *per se*. Sin embargo, la mayoría de los Estados no estuvieron de acuerdo con esa posibilidad, debido precisamente a la cuestión de la definición. El Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en Roma el 17 de julio de 1998, recomendó que una Conferencia de Revisión del ECPI, que podría organizarse siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, es decir, en 2009, examinara varios delitos, entre ellos el terrorismo, con miras a alcanzar una definición aceptable e incluirlos en la lista de delitos incluidos en la competencia de la Corte.

Aunque el ECPI no incluye el «terrorismo» como delito autónomo, tipifica varios delitos que pueden incluir conductas terroristas, dependiendo de los hechos y circunstancias concretos de cada caso. Un acto de terrorismo puede constituir un crimen de lesa humanidad, tipificado en el artículo 7 del Estatuto, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque²³. Además, actos tales como los ataques deliberados o indiscriminados

²² Jiménez García F. (2006), *Derecho internacional penal y terrorismo: Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente*. “El desarrollo convencional: del éxito sectorial y regional al fracaso convencional universal.” Ed. Universidad del País Vasco. p. 13.

²³ Greenwood C. (2002) “International Law and the «War against Terrorism”, *International Affairs*, vol. 78, Nº 2, Ed. Oxford University Press, Oxford. p. 301.

contra civiles o la toma de rehenes podrían considerarse crímenes de guerra, tal como se definen en el artículo 8 del ECPI.

Se ha de inducir que el terrorismo es considerado como una actuación criminal que atenta contra el orden público internacional, en particular, contra la paz y la seguridad internacionales y contra los derechos y libertades fundamentales de los individuos que integran la población civil. Además se puede evidenciar de forma clara la existencia de dos elementos definidores del mismo, un elemento objetivo referido a que el terrorismo supone la realización de una conducta criminal, grave y planificada, consistente en el empleo de violencia contra la población civil, y un elemento subjetivo en cuanto que dicha conducta tiene como finalidad crear un estado de terror o intimidación en la población en general o en un sector de la misma con el propósito de obligar a un Gobierno o a una organización internacional hacer algo o abstenerse de hacerlo.

No se puede negar que la expansión que el fenómeno del terrorismo está viviendo actualmente el mundo parece dar paso a un replanteamiento de la cuestión de si debe introducirse como competencia de la Corte Penal Internacional.

3.1.3 CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE EL TERRORISMO

Durante cuatro decenios la comunidad internacional, con los auspicios de las Naciones Unidas, ha elaborado 13 convenios relativos a la prevención y eliminación del terrorismo. Estos convenios llamados sectoriales, que tratan cuestiones que van desde el secuestro de aeronaves y la toma de rehenes hasta la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, contribuyen al régimen jurídico mundial contra el terrorismo y proporcionan un marco para la cooperación internacional. Dichos convenios obligan a los Estados a adoptar medidas concretas para prevenir la comisión de actos terroristas y prohibir los delitos relacionados con el terrorismo, en particular tipificando como delitos determinadas conductas, estableciendo criterios jurisdiccionales (por ejemplo, el conocido principio de *aut dedere aut judicare*), y asentando las bases jurídicas para la cooperación en materia de extradición y asistencia legal.

JIMENEZ GARCIA²⁴ nombra el cuerpo legislativo de derecho internacional más relevante para el terrorismo. Cuenta con un total de hasta 20 tratados internacionales los cuales responden, entre otras cuestiones, a la regulación universal en el seno de la

²⁴ Cit. p 13.

Asamblea General a través de los distintos grupos de trabajo, en particular, el Comité *ad hoc* para la elaboración de una convención internacional contra la toma de rehenes (Resolución 31/103 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1976) y el Comité *ad hoc* creado mediante la Resolución 51/210 de 17 de diciembre de 1996 para la elaboración, entre otros, de un convenio general sobre el terrorismo internacional.

De estos trabajos han surgido, por el momento, el Convenio de 1997 para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas²⁵, el relativo a la represión de la financiación del terrorismo²⁶, el cual obliga a tipificar delitos concretos relacionados con la financiación del terrorismo como en él se define y el de 2005 para la represión de los actos de terrorismo nuclear²⁷ y también una amplia la regulación especializada o sectorial (en los ámbitos de la Organización de Aviación Civil Internacional, la Organización Internacional de Energía Atómica y la Organización Marítima Internacional) que se ha centrado en la cooperación internacional sobre la prevención y represión de los actos terroristas que ponen en peligro la seguridad de la navegación aérea y marítima.

A nivel europeo se ha creado el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977 en su artículo 6 se limita al establecimiento de la obligación de extraditar o juzgar y a la no exclusión de ninguna jurisdicción penal ejercida por los estados conforme a su legislación interna. Ante esta insuficiencia y siguiendo el modelo de incremento de cooperación internacional, fue aprobado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia, el Convenio destinado a la prevención del terrorismo²⁸.

El Consejo de Seguridad ha considerado que la ratificación y la aplicación efectiva de los instrumentos universales contra el terrorismo tienen la máxima prioridad. Se justifica esta ratificación en la aprobación de la Resolución 1373 de 28 de septiembre de 2001, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en la que se declara explícitamente que «todo acto de terrorismo constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales» y que «los actos, métodos y prácticas terroristas son

²⁵ Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/52/164 de 15 de diciembre de 1997 y abierta a la firma, ratificación y adhesión el 12 de enero de 1998. Entrada en vigor: 23 de mayo del 2001 de conformidad con el artículo 22

²⁶ Cit. p 3.

²⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas (2005) adoptado por consenso el 13 de abril de 2005 y abierto a la firma de los Estados desde el 14 de septiembre de ese año hasta el 31 de diciembre de 2006.

²⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio n° 196 del Consejo de Europa) publicado en «BOE» núm. 250, de 16 de octubre de 2009

contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas». En la resolución también se exige a todos los Estados que tipifiquen como delito los actos de terrorismo, castiguen los actos de apoyo o preparación de delitos de terrorismo, tipifiquen como delito la financiación del terrorismo, despoliticen los delitos de terrorismo, congelen los fondos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo, e intensifiquen la cooperación internacional en materia penal²⁹.

Las Resoluciones 1368 (2001) de 12 de septiembre³⁰ y 1373 (2001) de 28 de septiembre³¹, acordadas tras los atentados del 11 de septiembre de ese mismo año y adoptas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas son un punto de inflexión en el tratamiento del terrorismo. En ambas se insiste a los Estados a que se hagan parte en los instrumentos internacionales relativos a actos terroristas y además el Consejo de Seguridad pedía encarecidamente que los estados «aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de los actos de terrorismo o preste apoyo a estos actos, y aseguren que, además de cualesquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos de terrorismo queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo». En términos similares se pronunció la Asamblea General en Resolución de 15 de enero de 2003, sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional³².

Tras estas resoluciones se han dictado otras posteriores ampliatorias por el Consejo de Seguridad que vienen declarando de forma enérgica y sistemática que todos los actos de terrorismo, cualquiera que sea su motivación y cuando quiera y por quien quiera que sean cometidos, constituyen una de las más graves amenazas a la paz y la seguridad internacionales y un flagelo a nivel mundial, ya que los actos criminales de terrorismo tienen como finalidad causar la muerte de civiles inocentes y otras víctimas, destruir bienes y socavar gravemente la estabilidad y prosperidad mundiales. Se observa una extensión general hacia todos los Estados de este deber de enjuiciamiento o la extradición, sin mención a ninguna conexión con el crimen, lo que viene a suponer una

²⁹ Naciones Unidas (2008), “El terrorismo y otros aspectos del derecho internacional” *Folleto informativo N°32: Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*, pp. 12 a 24.

³⁰ Resolución 1368 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001 S/RES/1368 (2001).

³¹ Resolución 1373 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001 S/RES/1373 (2001).

³² Cit. p 7.

reclamación al ejercicio de la jurisdicción universal en el momento en el que el delincuente se halle en el territorio del Estado, si no se procede a su extradición.

3.1.4 PROYECTO DE UN CONVENIO GENERAL SOBRE EL TERRORISMO

Es necesario resaltar el tratamiento otorgado al terrorismo por parte de la Comisión de Derecho Internacional en relación con sus trabajos relativos al Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Desde 1954 en el Proyecto de código aparecía el crimen de terrorismo internacional cometido tanto por agentes o representantes del Estado como por particulares, pues como han resaltado varios miembros de la Comisión, el terrorismo, cuando es sistemático y sostenido, es un crimen de trascendencia internacional. Además se especificó lo universalmente aceptado que está el terrorismo añadiendo que practicado en cualquiera de sus formas es un acto criminal y que para determinar la lista de actos terroristas tipificados como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se deberían seguir tres criterios objetivos, a saber, la gravedad, el carácter masivo y la violación del ordenamiento internacional. Por otro lado, en la versión del Proyecto realizada en 1994, justificó la inclusión de los crímenes tipificados en los “convenios antiterroristas universales” mencionados en el Anexo del proyecto, al que se refería el artículo 20 (en ese momento, los relativos a la seguridad de la aviación civil y a la toma de rehenes) en la medida en que respondían a la garantía *nullum crimen sine lege* y habían creado un sistema de competencia universal basado en el principio *aut dedere aut judicare* («extraditar o enjuiciar»), todo ello sin olvidar que el apartado e) del artículo 20 requería que el crimen de que se trate constituyera un crimen excepcionalmente grave de trascendencia internacional.

El crimen de terrorismo no ha sido incluido en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales aprobados hasta el momento, incluido el de la Corte Penal Internacional ni tampoco resultó incorporado como crimen autónomo en la última versión del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1966 –aunque los actos de terrorismo se mantuvieron como conductas constitutivas de crimen de guerra, cometidas en infracción del Derecho internacional humanitario –.

La ausencia, por el momento, de un convenio general sobre terrorismo que aporte una definición clara y precisa de terrorismo y de los actos de terrorismo aceptada universalmente por el conjunto de la Comunidad internacional ha generado preocupación y necesidad de definición internacional de terrorismo. Esto ha llevado a la Asamblea

General a trabajar por la elaboración de un convenio general contra el terrorismo que complementaría las convenciones sectoriales ya existentes.

Este proyecto de Código complementaría el marco actual de instrumentos internacionales de la lucha contra el terrorismo basándose en los principios y pilares de acuerdos anteriores, como por ejemplo la obligación de jurisdicción del Estado Parte.

Los Estados Miembros han dado tal cantidad de opiniones divergentes en cuanto a si se debe o no excluir a los movimientos de liberación nacional del ámbito de aplicación que han impedido el consenso acerca de la aprobación del texto completo. Las negociaciones continúan. Lo que queda claro es la voluntad por parte de muchos Estados de llegar a un consenso pues estos definen el terrorismo en su legislación nacional sobre la base de los elementos del proyecto en diferente medida.

3.2 CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

3.2.1 CONCEPTO Y MARCO LEGAL

Es clara la ausencia de una convención internacional que aglutine, defina y tipifique las conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad y el regimen jurisdiccional sobre ellos³³.

Exclusivamente sobre los crímenes de lesa humanidad, a nivel universal únicamente se ha aprobado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII), 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970³⁴.

Con el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, se intenta proteger de ataques graves a los fundamentos mismos de la sociedad humana. Su parámetro de gravedad viene constituido por la protección de la vida y de la integridad humana, y recoge en su artículo 18 como actos constitutivos de crímenes contra la humanidad los cometidos en el marco de una comisión sistemática o a gran escala los siguientes: asesinato; exterminio; tortura; esclavitud; persecución por motivos raciales, étnicos, religiosos o de género; deportación o traslado forzoso de

³³ Vallejo Peña, C (2016). “Admisión del principio de jurisdicción universal en el derecho internacional convencional”. *El estado de la jurisdicción universal en el derecho internacional y en el derecho interno español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia Pp. 170 y ss.

³⁴ Debe señalarse que España no la ha ratificado por lo que no puede ser aplicable en nuestro territorio

población; encarcelamiento arbitrario; desaparición forzada de personas; violación; prostitución forzosa. A estas conductas el proyecto de Código añade: «otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física y mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves».

En la misma línea, está el ECPI que en su artículo 7 establece catorce conductas que son consideradas ataque generalizado o sistemático contra una población civil: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física; tortura; desaparición forzada de personas; violación; prostitución forzosa; esclavitud sexual; embarazo forzado; esterilización forzada; persecución de un grupo o colectivo con identidad propia, fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género; y crimen de apartheid. No siendo un *numerus clausus* pues en su apartado k) establece otros actos inhumanos de carácter similar.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI³⁵ nos ayuda a entender el concepto de crimen de lesa humanidad mediante el análisis de los distintos elementos de este delito. En primer lugar tenemos que tener claro que la conducta debe consistir en un ataque tal y como dice el ECPI en su artículo 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: (...)”

Entendiéndose por «ataque» lo que el art. 7.2.a) ECPI señala:

«a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una 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».

Por lo tanto el sentido de «ataque» no va en la línea de ataque armado, pudiendo haberlo o no, así pues el ataque armado no es constitutivo del crimen de lesa humanidad,

³⁵ Fernández de Casadevante Romani, C. (2017) *El parámetro interpretativo: el crimen de lesa humanidad*. “Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional relativa a la organización terrorista nacionalista vasca ETA” Revista Europea de Derechos Fundamentales · segundo semestre 2017: 30, 49-93. Pp 61 y ss.

nada mejor para entender el concepto de ataque que recurrir a los «Elementos de los Crímenes»³⁶, de conformidad con los cuales:

«3. Por “ataque contra una población civil” en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del art. 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la “política... de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil»

Así se especifica que no es *conditio sine qua non* el ataque armado, sino como ya ha señalado la jurisprudencia internacional, «una línea de conducta que implica la comisión de actos de violencia», toda vez que el ataque puede no tener lugar en el contexto de un ataque armado. Aquí es importante subrayar que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos por actores no estatales, como es el caso de organizaciones terroristas.

La Comisión de Derecho Internacional en sus trabajos relativos al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad³⁷, ha manifestado:

«Esta condición exige una actuación “instigada o dirigida por un gobierno o por la organización política o grupo”. La clarificación tiene por objeto excluir el caso de que una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno, o de un grupo u organización. Este tipo de conducta criminal aislada de una sola persona no constituiría un crimen contra la humanidad. La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado».

En segundo lugar como elemento del crimen de lesa humanidad está la “generalización o sistematicidad” del acto, siendo excluidos por tanto los actos aislados o fortuitos y por lo tanto entendiéndose por generalizado que el ataque sea a gran escala,

³⁶ Corte Penal Internacional (1998) *Parte II. De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable*. “Estatuto de la Corte Penal Internacional”, artículo 9.

³⁷ Comisión Derecho Internacional (1996), “Informe sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones”, párrafo 5 del Comentario al art. 18 (UN.doc. A/51/10, p. 102 y s.).

lo que aparece reflejado en el número de víctimas. Mientras, el carácter sistemático denota el carácter organizado de los actos de violencia y la inverosimilitud de que se produzcan de forma fortuita siendo el escenario de los crímenes – es decir, la repetición deliberada y regular de comportamientos delictivos similares– el que identifica el carácter sistemático. Sólo el ataque como un todo tiene que ser generalizado y sistemático, no los actos individuales del acusado. Por todo esto basta con que los actos del acusado se inscriban en el marco de un ataque de estas características para que un solo acto o un número limitado de actos puedan calificarse como crímenes contra la humanidad, teniendo siempre en cuenta el dolo para poder tipificarlo como tal, es decir, que el acusado tenga conocimiento del acto o al menos una mínima voluntad de participar. En conclusión, los factores a considerar, según la jurisprudencia penal, para determinar si un ataque es generalizado y sistemático son los siguientes: i) las consecuencias del ataque sobre la población afectada; ii) el número de víctimas; iii) la naturaleza de los actos criminales; iv) la eventual participación de responsables o autoridades así como que el escenario o las pautas criminales resulten identificables.

Es importante añadir que el hecho de que los presupuestos de generalidad y sistematicidad estén formulados de manera alternativa y no cumulativa no es casual, pues permite llegar a una calificación del crimen contra la humanidad a través de consideraciones cualitativas o cuantitativas. En efecto, cabrá abordar la tipificación del crimen desde una óptica en la que sea irrelevante el número de actos criminales cometidos, bastando la constatación de una sistematicidad como factor concatenante de los actos individuales. Alternativamente puede alcanzarse idéntica calificación a partir de la amplia escala de los crímenes cometidos³⁸.

En cuanto al bien jurídico tutelado en el crimen de lesa humanidad no es otro que la población civil. Así lo establece JIMENEZ GARCIA³⁹ diciendo que este crimen se caracteriza por la despersonalización de la víctima mediante la generación de terror más allá de la víctima inmediata de la violencia, vulnerando así la consagración de la inviolabilidad de la población civil frente a los ataques de los Estados y de los actores no estatales. Que la población civil sea el objetivo del ataque no significa que éste deba ser contra toda la población de la zona geográfica del lugar de la comisión (sea un Estado,

³⁸ Quel López, F.J (2003), “Los Tribunales Penales Internacionales «ad hoc»”, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Dilex, p.367.

³⁹ Ob. Cit p 49.

una ciudad, un municipio u otro tipo de circunscripción), es suficiente con demostrar que en virtud de la magnitud o escala, los métodos o medios utilizados el ataque efectivamente se ha dirigido directamente, de forma general o indiscriminadamente, contra la población civil. Asimismo se ha destacado que la población ha de ser predominantemente, no exclusivamente, civil incluyendo las personas fuera de combate durante la comisión del hecho inculparable, por lo que la existencia de personal militar no altera la naturaleza civil de este presupuesto. Es más, algunos autores han indicado que los ataques dirigidos contra personal militar o contra las instalaciones militares pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad si el propósito del ataque es aterrorizar a la población civil.

3.3 TERRORISMO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Lo primero que debemos abordar es la problemática de la doble tipificación nacional pues realmente ambos delitos están regulados como diferentes guardando una fundamentación internacional común. Así pues según JIMENEZ GARCIA⁴⁰ desde la perspectiva de la práctica nacional hay que resaltar que se ha creado una “cierta asimetría y solapamiento” entre los tipos penales nacionales de terrorismo y de crímenes de lesa humanidad, circunstancia que tiene su origen en el carácter vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad, que compelen la adopción de legislación penal sobre terrorismo como crimen internacional, y en el principio de complementariedad del ECPI propulsor de la tipificación nacional de los crímenes de lesa humanidad. Como consecuencia, numerosas legislaciones nacionales han previsto como delitos diferentes, aunque con una fundamentación y unos parámetros internacionales comunes, el crimen de terrorismo y el de lesa humanidad, lo cual en la práctica se traducirá en la aplicación de concursos de leyes o de concursos ideales de infracciones⁴¹. Desde el momento en que ambas regulaciones obedecen a un criterio de internacionalidad, tanto desde el análisis de la génesis de la base jurídica como desde la perspectiva del interés jurídico protegido, el principio de complementariedad consagrado en el ECPI exigiría, aun cuando sea de forma inversa a lo inicialmente previsto, la regulación específica del terrorismo dentro de los crímenes de su competencia.

⁴⁰ Ob. Cit p 51.

⁴¹ J.L. González Cussac y E. Górriz Royo, (2003) “Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *La Corte Penal Internacional (Un Estudio Interdisciplinar)* Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, pp.219-274.

Se ha afirmado que la cuestión afecta al “núcleo esencial de lo que deba entenderse por crimen contra la humanidad. Más allá de los hechos individuales concretos, la clave interpretativa se centra en torno al contexto típico, a la dimensión colectiva de la conducta criminal a estudio que será la que justifique qué conductas tradicionalmente castigadas en los ordenamientos jurídico-penales internos de nuestro ámbito de cultura, merecen, sin embargo un tratamiento diferenciado y merecedor de mayor castigo por su afección a la Comunidad internacional”. Según LANDA GOROSTIZA⁴², habría que limitar la calificación de crimen de lesa humanidad a los supuestos en que el Estado y la propia sociedad se encuentran, como consecuencia de los mismos, inmersos en una “situación radical de crisis, de anormalidad, de excepción”.

Para OLÁSULO⁴³, los crímenes de lesa humanidad consagrados en el artículo 7 del ECPI, también pueden encuadrarse como conductas terroristas cuando efectivamente impliquen acudir a la violencia con el objetivo de “aterrorizar a la población para obtener un objetivo o concesión política”. En este punto se debe resaltar, que no puede afirmarse que el crimen de terrorismo no presente diferencia alguna con los crímenes de lesa humanidad. Si bien no hay una definición unificada y aceptada sobre el crimen de terrorismo como crimen internacional, existen unos elementos característicos que son ajenos a los crímenes de lesa humanidad o que no necesariamente están presentes en la comisión de todas las conductas constitutivas de dichos crímenes, por ejemplo la realización de conductas encaminadas a causar terror entre la población y la existencia de un móvil político, social y filosófico.

Aunque es cierto que en el contexto de un ataque sistemático o generalizado, puede estarse frente a una situación general que causa terror, esto no es suficiente para afirmar que en todos los casos en que ocurre un crimen de lesa humanidad este se comete con el fin de causar terror.

Así, el asesinato, el exterminio, la esclavitud y el resto de actos enumerados en el artículo 7 del ECPI pueden ser considerados como actos constitutivos de terrorismo cuando se dan los elementos esenciales de este tipo penal.

⁴² Landa Gorostiza J-M., (2004) “El ‘nuevo’ crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Revista Penal La Ley*, nº 4, Ed. Tirant lo Blanch, Universidad de Salamanca, Universidad Pablo de Olavide, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Huelva p.81

⁴³ Olásulo H, y Pérez Cepeda, A, (2008) *Terrorismo Internacional y conflicto armado*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. p. 179

En cuanto al bien jurídico, GIL GIL⁴⁴ defiende que el “sujeto pasivo del crimen contra la humanidad, será el individuo como portador del bien jurídico eminentemente personal lesionado. La exigencia de que los crímenes contra la humanidad sean cometidos en el marco de una acción sistemática o a gran escala no impide considerar que cada ataque individual contra un bien jurídico fundamental cometido en dichas circunstancias constituye un crimen contra la humanidad...”. Así pues, en el caso de los crímenes de lesa humanidad habría que integrar el presupuesto estatutario – incorporado en la denominación del Título XXIV del Código Penal español: Delitos contra la Comunidad Internacional– relativo a que tales crímenes tienen que presentar especial gravedad y trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto (art.5 ECPI), aun cuando, según la práctica resolutoria del Consejo de Seguridad y de otros organismos internacionales, los actos de terrorismo afectan gravemente a la paz y la seguridad internacionales.

Clara la posibilidad de la inclusión del delito de terrorismo en el delito de crimen de lesa humanidad siempre y cuando se den elementos convergentes y, en base a lo anterior, MATEUS-RUGELES y MARTÍNEZ VARGAS⁴⁵ afirman que la conducta constitutiva de terrorismo no tiene impedimento jurídico para ser tipificada como un crimen más de la competencia de la CPI al cumplir con las características propias de los crímenes de derecho internacional. Esto implicaría, sin embargo, una modificación o adición al ECPI atendiendo a criterios específicos del Estatuto como es el ya mencionado *nullum crimen sine lege*. Si la Asamblea de Estados Parte al ECPI llegara a aceptar dicha inclusión, sería necesario, que dichos Estados aceptaran la competencia de la CPI para conocer de ese nuevo crimen⁴⁶. Esto por cuanto cada Estado que a la fecha ha ratificado, aceptado, aprobado o adherido el ECPI, lo ha hecho de acuerdo con el texto original aprobado en la conferencia internacional llevada a cabo en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998. De esta manera, como lo dispone el Estatuto en su artículo 121.5, cualquier enmienda que se haga en relación con los crímenes de la competencia de la CPI debe ser ratificada o aceptada por el Estado para que la CPI pueda tener competencia en cuanto a la materia que involucre dicha enmienda.

⁴⁴ Gil Gil, A. (2002). “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los «Elementos de los Crímenes»”, en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*. Ed Tirant Lo Blanch, Valencia. Pp 75-76.

⁴⁵ Mateus Rugeles, A., Martínez Vargas, JR. (2010). “Corte Penal Internacional y Terrorismo”. *Derecho penal Internacional y Terrorismo: ¿crimen de derecho internacional?* Pp 5 y ss.

⁴⁶ Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, (2010) Resolución RC/Res.6.

Así, puede concluirse que el Derecho Penal Internacional contemporáneo permite categorizar al terrorismo como un crimen de derecho internacional y que el ámbito de protección desde el Derecho Internacional enmarca este crimen convencional y consuetudinariamente, de manera mayoritaria como una conducta contraria al Derecho Internacional de los derechos humanos.

4 LOS CRÍMENES DE ETA: TERRORISMO O CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.

4.1 INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

Euskadi Ta Askatasuna, en adelante ETA, ha sido una organización terrorista nacionalista vasca que se consideraba a sí misma como independentista, abertzale, sociales y revolucionaria. Fue fundada en 1958 por antiguos miembros de las juventudes del Partido Nacionalista Vasco⁴⁷ y que se declaró ella misma disuelta en 2018.

Si tuviéramos que dar una definición de su esencia y hacer podríamos dar por muy acertada la de MANUEL IRUJO⁴⁸ explicando que “ETA es un movimiento, radicalizado por las persecuciones del Gobierno del general Franco, que aspira al reconocimiento de la personalidad nacional vasca por la violencia. Esta actitud inicial les ha llevado a aceptar como bases económicas principios socialistas, hallándose el movimiento dividido en todas las gamas del socialismo contemporáneo”. El exministro republicano y dirigente del Partido Nacionalista Vasco añade que la base de ETA estaba principalmente en la clase media, en estudiantes, sacerdotes, profesores, cuadros industriales, obreros especializados, intelectuales. “*Constituye una minoría*”, añade, “*pero es una minoría activa y entusiasta, capaz de dar la vida por sus ideales*”.

Su proclamado objetivo era la construcción de un Estado socialista en Euskal Herria y la obtención de la independencia de España y Francia. Que utilizaron como pretexto en justificación de los métodos agresivos usados pues sus integrantes utilizaron el asesinato, secuestro y extorsión económica para lograr este fin.

ETA participó en la política vasca a través de varios partidos, todos ellos ilegalizados tras la aprobación en 2002 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de

⁴⁷ Partido político creado en 1895 en el País Vasco, con ideología nacionalista vasca, liberal y demócrata cristiana, considerado entre centro y centro-derecha del espectro político.

⁴⁸ Azurmendi Badiola JF. (2014) “La historia de ETA empezó en 1936”. *ETA de principio a fin*. Ed. Ttartalo, Donostia. Págs. 16 y 17.

Partidos Políticos, que prevé la ilegalización de partidos que apoyen de forma reiterada y grave la violencia y el terrorismo.

Desde la década de 1980, ETA declaró y rompió numerosas treguas y altos al fuego, negociando con el Gobierno de España en varias ocasiones. Anunció el cese definitivo de su actividad armada el 20 de octubre de 2011. Desarmada en abril de 2017, el 3 de mayo de 2018 anunció su disolución.

En lo relativo a sus métodos intimidatorios, se caracterizaron por:

- El atentado, mediante coches bomba, mochila bomba o disparo a corta distancia.
- La violencia de persecución en forma de amenazas anónimas, carteles y pintadas.
- La extorsión mediante el cobro del llamado por ETA ‘impuesto revolucionario’.
- El secuestro, muchas veces justificado como castigo por no pagar el impuesto revolucionario.

La comisión de delitos se dio principalmente en País Vasco y Navarra, aunque también en otras zonas de España y Francia.

En abril de 2018, ETA asume la autoría de 2.604 atentados, provocando un total de 758 víctimas mortales. Si analizamos los porcentajes⁴⁹ podemos observar como la mayoría de la actividad etarra se concentra en los años 1978 a 1995, cometiendo un total de 623 asesinatos. Es interesante resaltar que a partir de 1990 el modelo de actuación que sigue ETA es asesinar a personajes de vida política.

Atendiendo al número de víctimas, que se estima que la organización ha causado, han sido alrededor de 864⁵⁰ personas, de las cuales la mayoría fueron policías y militares, y un 41% civiles como jueces, políticos, periodistas y empresarios, además de otra serie de víctimas durante atentados y explosiones que ETA considero daños colaterales⁵¹, a diferencia de los anteriores, considerados objetivos.

Los crímenes cometidos por la organización y por los que se ha enjuiciado a los integrantes de ésta han sido tipificados hasta 2004 como delitos de terrorismo. En este sentido, la legislación española presenta grandes singularidades, ya que ha regulado

⁴⁹ Información obtenida del periódico “El País”. *El dolor por 854 muertos y miles de amenazados y heridos*. Fecha de publicación: 4/05/2018. [Fecha de consulta: 20/03/2021].

⁵⁰ Información obtenida del periódico “El País”. *50 años de terrorismo, 854 víctimas mortales*. Fecha de publicación: 7/05/2018 [Fecha de consulta 18/03/2021]

⁵¹ Información obtenida del periódico “El País”. “ETA al pueblo vasco: declaración sobre el daño causado”. Fecha de publicación: 20 de abril de 2018: [Fecha de consulta 18/03/2021]

penalmente el delito de terrorismo con anterioridad a la práctica internacional más reciente, dotando a este crimen de cierta especificidad nacional en cuanto al bien jurídico protegido y divergencias en cuanto a las penas. Así en el caso del Código penal español el delito de terrorismo se caracteriza por ser su conducta típica la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, previéndose una pena de prisión de 20 a 30 años para quien perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas causaran la muerte de una persona⁵².

4.2 CONSIDERACION DE LOS CRÍMENES DE ETA COMO CRIMENES DE LESA HUMANIDAD

A partir de 2004 como consecuencia de la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional se tipifica en el Código penal español, concretamente en el Capítulo II bis artículo 607 bis, el delito de crimen de lesa humanidad⁵³, singularizado como ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra parte de ella imponiéndose la pena de prisión permanente revisable⁵⁴. Con la redacción que el legislador le da a dicho delito surge la posibilidad de calificar los crímenes de ETA como crímenes de lesa humanidad.

Como ya hemos dicho, debemos situar como punto de inflexión 2004, siendo este año en el que entra en vigor la tipificación en el Código Penal Español del crimen de lesa humanidad, ésta fue consecuencia de la ratificación del ECPI en España⁵⁵ en respuesta al deber de colaboración de España de la Corte Penal Internacional. Debe hacerse una distinción entre los delitos cometidos antes y después del 1 de octubre de 2004 porque aunque que la publicación de la modificación del Código Penal que introducía el crimen de lesa humanidad se publica en noviembre de 2003 no es hasta octubre de 2004 que esta modificación entra en vigor y por tanto a los actos cometidos antes de octubre de 2004 no les podrá ser de aplicación la consideración como lesa humanidad por el principio de retroactividad más favorable al reo del Derecho Penal, haciendo imposible dicha retroactividad pues el delito de lesa humanidad se castiga con más pena que el delito de terrorismo.

⁵² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Art. 73

⁵³ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Art. 607 bis.

⁵⁵ «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002. *Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998*. Referencia: BOE-A-2002-10139

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ⁵⁶ nos explica que la Audiencia Nacional ha emitido varios autos, a los que luego me refiero, negando que el terrorismo de ETA sea un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, el autor sostiene que sí les corresponde dicha calificación y por tanto alcanzan el nivel de crímenes internacionales ya que reúnen los requisitos exigibles para ello, pues han sido actos cometidos como parte de un ataque generalizado contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Esta justificación de calificación como crímenes de lesa humanidad se extiende a todos los atentados cometidos antes y después del 1 de octubre de 2004, sin embargo por el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, solo podrán ser susceptibles de ser calificados como crímenes de lesa humanidad los cometidos a partir de la fecha de su entrada en vigor, siendo esta el 1 de octubre del citado año.

Debido a estos acontecimientos, han sido numerosas las acciones emprendidas ante la Audiencia Nacional por las organizaciones de víctimas del terrorismo como por los propios particulares.

En relación con atentados cometidos por la organización terrorista ETA antes del 1 de octubre de 2004 examinaremos dos autos. En primer lugar, el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016⁵⁷, que tiene por objeto el recurso de apelación contra el Auto de 13 de enero de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional⁵⁸ que acordó «no haber lugar a trámite la querella formulad por delitos de lesa humanidad en relación con el delito de asesinato de Luis Portero García cometido en Granada el día 9 de octubre de 2000». Este Auto presenta un interés especial desde la perspectiva del presente trabajo ya que concluye que no se trata de un crimen de lesa humanidad.

Posteriormente examinaremos los atentados cometidos después del 1 de octubre de 2004 y su invocación como crímenes de lesa humanidad, relativos a dos causas distintas. El Auto de 9 de julio de 2015, dictado por el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 D. Juan Pablo González González; el Auto de procesamiento del mismo Magistrado, de 27 de octubre de 2015, en el que ordena el procesamiento de cinco integrantes de la cúpula de la organización terrorista ETA⁵⁹; el Auto de 20 de abril de

⁵⁶ Ob cit. Pág. 51

⁵⁷ Auto dictado por el Juzgado central de Instrucción número 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional en el Sumario 22/2000.

⁵⁸ Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional en el Procedimiento Ordinario núm. 2/2000

⁵⁹ Ambos autos dictados por el Juzgado Central de Instrucción número 3: Diligencias Previas, Procedimiento abreviado 89/2013.

2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 D.^a Carmen Lamela Díaz (quien sucedió en dicho Juzgado al Magistrado D. Juan Pablo González González) el cual estima el recurso de reforma de uno de los procesados por considerar no probado su pertenencia a la cúpula de la organización terrorista⁶⁰; y, por último, el Auto de 28 de septiembre de 2016, de la Sala de lo Penal, Sección 2, de la Audiencia Nacional, que confirma el Auto de la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 D.^a Carmen Lamela Díaz y declara el sobreseimiento provisional de la causa para ese procesado⁶¹.

4.2.1 Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000)

Lo primero es resaltar que el asesinato referido en este Auto se comete con anterioridad a la tipificación del crimen de lesa humanidad en el Código Penal español.

El objeto de este Auto es el recurso de apelación interpuesto frente al Auto de 13 de enero de 2016⁶², el cual dicta: «no haber lugar a trámite la querella formulada... por delitos de lesa humanidad en relación con el delito de asesinato de Luis Portero García cometido en Granada el día 9 de octubre de 2000».

La conclusión del Auto de 13 de enero es que el terrorismo no es un crimen de lesa humanidad. Posiblemente esta conclusión está condicionada por la forma de abordar la cuestión de la Sala de lo Penal. Ya que ésta, debería haber analizado si el delito de asesinato que motiva la querella puede ser constitutivo de un delito de lesa humanidad por tratarse «de un asesinato selectivo como parte y en un contexto persecutorio de crímenes de lesa humanidad... a fin de proceder a la investigación y condena de los jefes de ETA responsables de tal política de asesinatos»⁶³. La Sala de lo Penal en cambio compara los crímenes de lesa humanidad con los de terrorismo y esto les lleva a concluir que el terrorismo no es un crimen de lesa humanidad.

⁶⁰ Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 3 relativo al Sumario del Procedimiento Ordinario 03/2015.

⁶¹ Auto dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional, sección 2 confirmando la no pertenencia a la cúpula terrorista de uno de los procesados.

⁶² Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional en el Procedimiento Ordinario número 2/2000.

⁶³ Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000), p. 3. Vid. El texto íntegro del auto en http://estaticos.elmundo.es/documentos/2016/04/08/auto_eta_lesa_humanidad.pdf) [Fecha de consulta 25/04/2021].

A esta conclusión se ha llegado en varios fallos judiciales de la Audiencia Nacional, ya que su origen está en abordar si el terrorismo constituye un crimen internacional y de lesa humanidad y lo que verdaderamente se debería haber abordado es si los atentados cometidos por ETA son encuadrables en el catálogo de conductas constitutivas de crimen de lesa humanidad, que sería considerable al concurrir los requisitos de este tipo penal: ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

En lo relativo a la cuestión de si el terrorismo constituye un crimen internacional o no, los órganos judiciales españoles niegan la calificación de terrorismo como tal ya que no existe una definición internacional de ‘terrorismo’ añadiendo además la inexistencia de tal crimen en la lista de crímenes para los que es competente la CPI⁶⁴.

En la página 17 de dicho auto se justifica esta decisión argumentando que si bien es cierto que el terrorismo supone una violación especialmente grave que puede afectar a la comunidad internacional en su conjunto, y aunque tenga una evidente relevancia transnacional, no cumple con los criterios básicos expuestos para identificar un crimen internacional: no cuenta con una definición clara y compartida⁶⁵.

Una vez los órganos esclarecen que el terrorismo no es un delito internacional, posteriormente las decisiones judiciales entran en el análisis de si es el terrorismo un crimen de lesa humanidad. Las que excluyen también esta equivalencia llegan a esta conclusión en base a la comparación de ambos términos y no consideran que los comportamientos incriminados- atribuibles tanto a los autores materiales como a las cúpulas de la organización que los ordenaron-, reúnen las características que conforman los crímenes de lesa humanidad.

Para clarificar lo dicho, el hecho de que el terrorismo no se encuentre entre los crímenes internacionales de los que es competente la CPI y que no exista una definición internacional de terrorismo no significa que no sea un crimen internacional. Visto de otro modo, aunque se aceptara de forma general que el terrorismo no es un crimen internacional esto no significa que muchas de las conductas que forman parte del crimen de terrorismo son también, si reúnen los requisitos para calificarlas así, crímenes de lesa humanidad, confluyendo en esta opinión tanto doctrina como jurisprudencia

⁶⁴ Que solo incluye los crímenes internacionales de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión.

⁶⁵ El Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016.

internacionales. Así lo considera el que fuera Presidente de la CPI, Philippe Kirsch argumentando en favor de la consideración del terrorismo como crimen internacional: «aunque el Estatuto no comprenda el terrorismo entre los delitos que dependen de su competencia, este crimen podría ser considerado como un crimen contra la Humanidad del tipo de los previstos en el art. 7 del Estatuto de la CPI por lo que, a priori, nada puede obstaculizar el que la CPI pueda conocerlos, a reserva, naturalmente de que se den los otros elementos de competencia»⁶⁶.

Si esto fuera considerado así nos permitiría enjuiciar los crímenes de la organización terrorista ETA aún impunes como delitos de lesa humanidad, y además hacer efectiva la responsabilidad penal de los *responsables* de la cúpula de la organización a lo largo de su vida criminal. Pues no debemos olvidar que estos *responsables* escogieron, planificaron y ordenaron tales crímenes. Añadido a lo anterior actualmente se contabilizan unos 350 asesinatos de ETA aún sin resolver⁶⁷.

En cuanto a la cuestión de si el delito de asesinato que motiva la querrela puede ser constitutivo de un delito de lesa humanidad al tratarse «de un asesinato selectivo como parte y en un contexto persecutorio de crímenes de lesa humanidad... a fin de proceder a la investigación y condena de los jefes de ETA responsables de tal política de asesinatos», como el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016 opta por comparar los crímenes de lesa humanidad y los de terrorismo conduce a rechazar que el asesinato en cuestión sea un crimen de lesa humanidad.

Como también hemos señalado, la conclusión a la que llega el Auto es la consecuencia lógica del método empleado: comparar el terrorismo y el crimen de lesa humanidad. Sin embargo el modo de proceder hubiera debido ser otro: apreciar si la conducta en cuestión (el asesinato de una persona en el caso concreto) es cometida en el contexto descrito por el art. 7 ECPI; artículo utilizado por el propio órgano judicial. Esto es, «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque». De ser así, no estaríamos ante un «acto aislado» (en

⁶⁶ Kirsch, Ph. (2002) «Terrorisme, crimes contre l'humanité et Cour pénale internationale», en la obra colectiva de S.O.S. *Attentats*, ed. Livre Noir, Paris, p. 111.

⁶⁷ Un Informe de Fiscalía de la AN de inicios de 2017 «concluye que los atentados mortales en los que no se ha podido exigir responsabilidades criminales a sus autores y/o cómplices ascienden a 224, de los que 128 fueron cometidos en el período 1978-1982, 83 entre noviembre de 1982 y marzo de 1996, 12 entre abril de 1996 y marzo de 2004, y 1 entre abril de 2004 y diciembre de 2011. Según datos de la Fiscalía, en esos 224 atentados fueron asesinadas 297 personas» Fundación Víctimas del Terrorismo, núm. 58, marzo 2017, p. 22. [Fecha de consulta 25/04/2021].

palabras de la Sala) de terrorismo sino ante una conducta —es una más— que forma parte de otras enumeradas en este mismo art. 7, que son realizadas por la organización terrorista ETA como parte de ese «ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque» y, por lo tanto, ante un crimen de lesa humanidad.

Si se hubiera planteado la cuestión en este sentido se habría concluido que el asesinato sobre el que versa el Auto no sólo *no* es un «acto aislado» de terrorismo (un asesinato más) sino que, por el contrario, se trata de un asesinato que se sitúa en la línea de los asesinatos y atentados anteriores de la misma organización terrorista (en este caso contra un miembro de la Administración de Justicia), dentro de la estrategia de dicha organización y cometido como parte del *ataque generalizado o sistemático contra una población civil* que desde su creación ETA —y todos sus integrantes— ha llevado a cabo *con conocimiento de dicho ataque*.

Precisadas las conductas, se trataría de determinar si las mismas han sido cometidas como *parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*. De ser así, estaríamos ante crímenes de lesa humanidad independientemente de que también fueran delitos de terrorismo en el orden interno.

Sin embargo, al comparar ambas conductas, el Auto incurre en una interpretación del terrorismo nada acorde con la figura del crimen de lesa humanidad: «*Aun cuando consideremos que el terrorismo es una forma de ataque letal, que puede afectar a un número elevado de víctimas, y que puede tener un carácter transnacional, ello por sí sólo no sirve para hacerle partícipe de las características técnicas que configuran los crímenes de lesa humanidad. El número elevado de víctimas no convierte un atentado terrorista en un crimen de lesa humanidad, sino que el dato clave a estos efectos es la vinculación entre el sujeto activo del delito a una organización idónea para generar el ataque en cuestión (elemento político), dentro a su vez de una acción generalizada o sistemática (elemento contextual). El elemento determinante en los crímenes de lesa humanidad es el desafío real a las instituciones, que se acredita por su capacidad generadora de más crímenes similares que provoca reacciones en cadena, ya que no sólo el peligro perpetrado se incrementa, sino que también esa participación en el ataque crea*

una atmósfera (incita) a los crímenes de otros; y no esa superioridad relativa propia que existe entre la organización terrorista y la víctima»⁶⁸.

4.2.2 El Auto de 9 de julio de 2015, del Juzgado Central de Instrucción núm. 3⁶⁹

El auto referido se dicta como consecuencia de las querellas interpuestas por la *Asociación Dignidad y Justicia*, por una presunta comisión de genocidio por parte de ETA. El Magistrado una vez excluida esta hipótesis⁷⁰, afirma que si es posible, a priori, la existencia de un delito de lesa humanidad prevista en el art. 607 bis ya que contempla la comisión de delitos de asesinato, traslado forzoso, deportación, entre otros, cometidos después del 1 de octubre de 2004, cuando dichos delitos se cometan como parte de un ataque generalizado contra la población civil o parte de ella, siendo éste el elemento característico de los crímenes contra la humanidad⁷¹. Siguiendo los argumentos del Auto, en los crímenes de ETA concurren los elementos característicos de este delito, pues se cometen como parte de un ataque sistemático contra una parte de la población civil, constituidos por colectivos que son perseguidos por razones políticas e ideológicas, cuya eliminación o expulsión del territorio mediante la coacción o el terror, son considerados por la organización estratégicamente necesarios para la consecución de sus objetivos político.

El argumento es válido únicamente respecto de los hechos ocurridos posteriormente al 1 de octubre de 2004 ya que sobre la base del principio de legalidad *«el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles»*. Además *«es siempre necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales»⁷²*. Con todo esto, el principio de legalidad *«impide, la aplicación directa del derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del*

⁶⁸ Audiencia Nacional, Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016. Razonamiento Jurídico cuarto, párrafo segundo, p. 11.

⁶⁹ Cit. nota al pie 53.

⁷⁰ Razonamiento jurídico segundo, penúltimo párrafo: *«En cualquier caso, los diferentes colectivos de víctimas de ETA no pueden ser considerados grupo nacional o de parte de un grupo nacional, pues en el País Vasco, víctimas y victimarios comparten la misma identidad nacional y tan españoles son unos como otros»*.

⁷¹ Razonamiento jurídico tercero, párrafo primero.

⁷² Razonamiento quinto, párrafo cuarto.

art. 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no es más favorable».

4.2.3 El Auto de 27 de octubre de 2015 de procesamiento de cinco integrantes de la cúpula de la organización terrorista ETA

Este Auto, posterior al ya analizado y realizado por el mismo Magistrado, procesa a cinco de los responsables de la organización terrorista ETA, atribuyéndoles 25 «*muertes alevosas*» considerándolas «*constitutivas de delito de lesa humanidad previstos en el artículo 607 bis del código penal*» por ser los hechos descritos cometidos «en razón de la pertenencia de las víctimas a un grupo colectivo perseguido por razones políticas, étnicas, religiosas»⁷³.

En esta misma línea opinan los autores I. SÁEZ DE LA FUENTE ALDAMA⁷⁴; F.J. LLERA R. LEONISIO⁷⁵, R.LÓPEZ ROMO⁷⁶; M. PAGAZAURTUNDUA⁷⁷; O. BENUZARTEA⁷⁸; J.M. CALLEJA⁷⁹.

El Magistrado considera indiciariamente acreditados estos hechos:

— La estrategia y forma de operar de ETA para alcanzar sus fines mediante la persecución sistemática de sectores de la población pues estos fines consisten en provocar una situación insostenible para el Gobierno de España que le obligara a negociar políticamente con la banda terrorista y finalmente aceptar sus pretensiones. Para generar dicha situación de terror en la población vasca y española, la actividad delictiva de ETA, complementaria y apoyada por las actividades del resto de organizaciones del llamado Movimiento de Liberación Nacional Vasco, se dirige principalmente a la eliminación física (asesinato), a atemorizar a la población mediante amenazas, extorsiones, presiones sociales de todo tipo y los atentados dirigidos a causar estragos materiales de aquellas personas representativas, tanto de las instituciones del Estado como de sectores muy determinados de la sociedad vasca y española (grupos políticos, ideológicos,

⁷³ Razonamiento jurídico segundo, párrafo segundo.

⁷⁴ Sáez de la Fuente Almadaba, I. (2017). *Misivas del terror. Análisis ético-político de la extorsión de ETA contra el mundo empresarial*, Ed, Deusto-Marcial Pons, Madrid.

⁷⁵ Llera, FJ, Leonisio R. (2017) «La estrategia del miedo. ETA y la espiral del silencio en el País Vasco», *Informe del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 1.

⁷⁶ López Romo, R. (2015), *Informe Foronda. Los efectos del terrorismo en la sociedad vasca*, ed. Catarata, Madrid.

⁷⁷ Pagazaurtundua, M (2015). *Los profesores de la UPV/EHU frente a ETA. Informe*, UPyD, Madrid.

⁷⁸ Benuzarte, O. (2014). *Memorias de la violencia: profesores, periodistas y jueces que ETA mandó al exilio*, ed. Almuzara, Córdoba.

⁷⁹ Calleja, J.M. (1999). *La diáspora vasca*, El País-Aguilar, Madrid.

profesionales, económicos y sociales), que se caracterizaban por su oposición al proyecto político y social propugnado por la banda terrorista y su entorno, y que por ello suponían un obstáculo para la consecución de sus objetivos⁸⁰;

— La existencia de grupos y colectivos concretos como víctimas «contra cuyos representantes o miembros ETA ha dirigido su actividad terrorista», caracterizados por «su posicionamiento ideológico o adscripción a actividades o sectores institucionales, políticos, ideológicos, profesionales o sociales que a juicio de la banda terrorista impedían o dificultaban el desarrollo de su proyecto político, económico y social»⁸¹ ese clima de acoso, miedo e inseguridad en la sociedad vasca y española que ETA y su entorno generan con su actividad terrorista es corroborado por informes de instituciones que defienden los derechos humanos, como el del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa⁸² y el Defensor de la Comunidad Autónoma del País Vasco («Ararteko»)⁸³;

— La violencia de ETA se proyecta sobre numerosos colectivos que, en atención a la magnitud de sus atrocidades, están sometidos a lo que se denomina «violencia de persecución»⁸⁴;

Según la organización “Gesto por la Paz” la violencia de persecución constituye una utilización sistemática de la violencia callejera, el acoso, la amenaza, la agresión u otros medios, incluido el asesinato, para señalar, perseguir, hostigar y aislar a determinadas personas por el hecho de defender públicamente sus planteamientos ideológicos, por su condición de representante de los ciudadanos o por el libre ejercicio de su profesión⁸⁵.

— ETA es una organización jerarquizada y compartimentada cuyos más altos cargos jerárquicos «han tenido un alto nivel de capacidad decisoria, tanto en la

⁸⁰ Ibid., hecho segundo, punto 1, último párrafo.

⁸¹ Hecho segundo, punto 2, párrafo segundo.

⁸² Gil-Robles, A (2001). *Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos sobre su viaje a España y, en particular, al País Vasco, del 5 al 8 de febrero de 2001*, disponible en la página web del Consejo de Europa: [CommDH\(2001\)2_S \(coe.int\)](https://www.coe.int/t/dhcdh2001/2_S_S(coe.int)) [Fecha de consulta 09/05/2021.]

⁸³ Verona Martínez, G. (2009), *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi*. Ed: Ararteko, Vitoria-Gasteiz.

⁸⁴ Ibid., hecho segundo, punto 3, párrafo primero.

⁸⁵ Gesto por la paz (2000): *Ante la violencia de persecución*. Documento online disponible en [2000-contra-vp.pdf \(gesto.org\)](https://gesto.org/2000-contra-vp.pdf) P 3. [Consultado en fecha 09/05/2021]

determinación de la estrategia general como en la aprobación y ejecución de tácticas y actuaciones concretas»⁸⁶.

El Magistrado afirma en el Auto que la finalidad de la eliminación física de las personas que se oponían a sus objetivos, o la intimidación o coacción ejercida contra las mismas por su pertenencia a un grupo o colectivo, era crear un clima de temor e inseguridad que anulara política y socialmente a los sectores de la sociedad a los que estas personas pertenecían. Es claro que la inmensa mayoría de las personas asesinadas por ETA pertenecían a los colectivos amenazados y precisamente por esa razón de pertenencia es por la que fueron asesinados⁸⁷.

Con todo lo anterior este Magistrado estima que en el caso de autos, la violencia de la banda terrorista de ETA debe ser considerada una “violencia de persecución”, lo que supone un ataque generalizado o sistemático contra una parte de la población civil que responde a la estrategia diseñada por la banda para neutralizar a quienes aparecen como un obstáculo para la consecución de sus objetivos políticos, y a partir de la ejecución de dicha estrategia se identifican las víctimas que lo son por la única razón de su pertenencia a los grupos y colectivos perseguidos⁸⁸.

Apreciados los elementos que caracterizan al crimen de lesa humanidad, el Auto aborda la cuestión de la «autoría mediata por dominio de la organización» que, precisa, en la jurisprudencia española «todavía no ha sido aplicada a los máximos dirigentes de ETA, máximos responsables detrás de los cuales se encuentran más de 326 asesinatos que todavía permanecen impunes»⁸⁹; concluyendo que en este caso concurren *«cuántos requisitos deben de ser exigidos para considerar que nos encontramos ante un supuesto de autoría mediata por dominio de la organización: la existencia de una efectiva jerarquía/ subordinación en que el autor mediato ejerce un poder de mando, la fungibilidad del autor inmediato a disposición de la organización, y la alta disponibilidad de los ejecutores fungibles para llevar a cabo las políticas de la organización de las que el autor mediato es consciente y se aprovecha sabiendo que todos sus órdenes instrucciones en la línea de la estrategia fijada por la organización serán ejecutados sin*

⁸⁶ Ibid., hecho segundo, punto 4, párrafo sexto.

⁸⁷ Ibid., Razonamiento Jurídico tercero, párrafo segundo.

⁸⁸ Ibid., Razonamiento Jurídico tercero, último párrafo.

⁸⁹ Ibid., Razonamiento Jurídico cuarto, párrafo tercero.

posibilidad de discusión por los autores materiales, que se limitan a cumplir las órdenes recibidas»⁹⁰.

El Magistrado añade a lo anterior que existen elementos que permiten considerar, en primer lugar, la existencia de una estructura real de dominio dentro de una organización jerárquica que define entre sus medios de acción la comisión de delitos contra terceros, adoptando un régimen interno equivalente a la disciplina militar. En segundo lugar, que los máximos dirigentes de los aparatos político y militar de ETA en el periodo investigado tuvieron conocimiento del plan de los delitos cometidos durante su periodo de dirección, impartiendo a los autores materiales las correspondientes instrucciones y habiendo también podido intervenir antes de la ejecución para evitar el resultado, lo que es muy posible respecto de atentados como el de la terminal T4 del aeropuerto de Barajas del ex concejal del Partido Socialista Benito, días antes de las elecciones, o del empresario Genaro, vinculado a las obras del tren de alta velocidad, que en modo alguno pudieron ser ejecutados sin que los autores materiales recibieran órdenes concretas y precisas de los máximos dirigentes de la organización terrorista, quienes en cualquier caso pudieran haber intervenido antes de la comisión de los hechos impidiendo su ejecución.

En base a todo lo anterior el Auto declara procesados a las cinco personas concernidas. Una de ellas presenta un recurso de reforma, el cual examinamos a continuación pues da lugar a un auto emitido por otro magistrado⁹¹ y que cambia totalmente la perspectiva anterior, ya que se estima el recurso considerando no probado la pertenencia de aquel sujeto a la cúpula de la organización terrorista. Todo esto apoyándose en un Auto de la Sala de lo Penal, Sección Tercera de la Audiencia Nacional⁹² para afirmar que los delitos en cuestión no son crímenes de lesa humanidad y que el terrorismo tampoco lo es.

4.2.4 Auto de 20 de abril de 2016 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3.

Este auto estima el recurso de reforma presentado por el procesado y revoca el auto de procesamiento dictado por el anterior titular del Juzgado. La justificación es que

⁹⁰ Razonamiento Jurídico quito, último párrafo.

⁹¹ Audiencia Nacional, Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, Sumario del Proc. Ordinario 03/2015.

⁹² Es el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional del Sumario 22/2000.

dicho Auto no manifiesta, en los términos requeridos, los elementos que han llevado al anterior Instructor a considerar que Aitor Elizaran pudo cometer el delito indiciariamente imputado, pues una genérica remisión o transcripción de informes policiales en ningún modo puede entenderse como mínima motivación autorizante de tan grave resolución⁹³.

Lo llamativo de este caso no es la revocación del auto de procesamiento, sino que este Magistrado afirma que el terrorismo no constituye un delito de lesa humanidad, alegando como justificación lo manifestado en ese sentido por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional en el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016 en una causa diferente.

4.3 POSIBILIDAD DE ENJUICIAMIENTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Para poder abordar esta cuestión primero es necesario conocer que hechos motivaron su creación y sus competencias.

4.3.1 NATURALEZA DE LAS COMPETENCIAS DE LA CORTE

El 1 de julio de 2002, a través del Estatuto de Roma, se crea la Corte Penal Internacional por iniciativa de la ONU. La finalidad de su nacimiento es una jurisdicción penal independiente para la salvaguarda de los derechos humanos básicos e inalienables. Así la Corte Penal Internacional es el primer tribunal con carácter internacional y permanente encargado de juzgar a los responsables de crímenes contra la humanidad, de genocidio, de crímenes de guerra y después de 2010, gracias a la conferencia de revisión del Estatuto de Roma en Kampala, del crimen de agresión en aquellos países que hayan ratificado la revisión y en el momento en que exista acuerdo para activar su competencia sobre este crimen⁹⁴.

El Estatuto de Roma es, pues, un tratado internacional que obligará a los Estados que a él se vincule. Resulta característico el hecho de que la Corte no nace como un órgano, ni principal ni subsidiario, de Naciones Unidas, sino como un tribunal de justicia independiente de la misma.

⁹³ Auto de 20 de abril de 2016. Juzgado Central de Instrucción núm. 3. Razonamiento jurídico quinto. Auto que es confirmado por la Sala de lo Penal, Sección 2, mediante Auto de 28 de septiembre de 2016 y que declara el sobreseimiento provisional respecto del investigado en cuestión en Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2, Procedimiento de origen: Sumario 03/2015.

⁹⁴ Información extraída del sitio web del Ministerio de Asuntos Exteriores Español. Disponible en el siguiente enlace: [Corte Penal Internacional \(exteriores.gob.es\)](http://exteriores.gob.es) [fecha de consulta: 03/04/2021]

El Estatuto apuesta por un sistema de relaciones en el que ambas partes, Naciones Unidas y Corte Penal Internacional, aparecen como iguales de modo que la Corte estará, “vinculada” con las Naciones Unidas pero en las condiciones que determine un acuerdo adoptado “por la Asamblea de los Estados partes” en el Estatuto y concluido luego “por el Presidente de la Corte en nombre de ésta”, no debiendo, como ocurría en el caso de los “organismos especializados”, “estar sujetos a la aprobación de la Asamblea General”⁹⁵.

El Ex-Presidente de la delegación española la Conferencia de Roma, YÁÑEZ-BARNUEVO⁹⁶, ha establecido que el Estatuto presenta a la vez rasgos de ley orgánica judicial, de código penal internacional, de ley de enjuiciamiento criminal y de ley de extradición y cooperación judicial internacional en materia pues en él se regulan junto a los aspectos orgánico e institucionales de la Corte, cuestiones sustantivas o materiales de naturaleza penal, elementos de derecho procesal y temas de cooperación internacional entre los Estados partes en el Estatuto y la Corte misma. El Estatuto está sometido a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹⁷.

ESCUDERO ESPINOSA⁹⁸ ha sugerido que, siendo realmente el Estatuto “una convención multilateral general de carácter especial”, debe incluirse “en una categoría especial a los efectos del régimen establecido por el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados”. Aceptando por lo tanto que reúne características especiales, lo que probablemente explica algunas de sus disposiciones, como la prohibición de las reservas del artículo 120 del Estatuto.

El origen de su nacimiento parte de la necesidad de contar con un organismo permanente capaz de juzgar crímenes muy específicos a nivel internacional.

La CPI es un tribunal estable y permanente, además es universal y competente para enjuiciar a personas físicas y depurar la responsabilidad penal internacional por los

⁹⁵ Naciones Unidas (1945). Carta de las Naciones Unidas art. 63: “El Consejo Económico y Social podrá concertar con cualquiera de los organismos especializados de que trata el Artículo 57, acuerdos por medio de los cuales se establezcan las condiciones en que dichos organismos habrán de vincularse con la Organización. Tales acuerdos estarán sujetos a la aprobación de la Asamblea General....)”

⁹⁶ Yáñez-Barnuevo, J.A. (1999) “De la utopía a la realidad: El Tribunal Penal Internacional”, *50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Jornadas conmemorativas. In memoriam, Alberto Jiménez Becerril, Ascensión García Ortiz: Sevilla, 9 al 13 de noviembre de 1968*, Ed. Fundación Cajal, Sevilla, págs. 45-64, pág. 58.

⁹⁷ Convenio de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980 (artículo 84.1). España se adhirió al mismo en 1972. BOE de 13 de junio de 1980

⁹⁸ Escudero Espinosa, J.F. (2004): *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*, Editorial Dilex S.L., Madrid, p 100

crímenes más graves. El artículo 5 de su estatuto establece la competencia, que será para los crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión.

Actuando sobre la base del principio de complementariedad con las jurisdicciones nacionales de los Estados Parte, interviene en los casos en que aquéllas no ejerzan su competencia o no estén en condiciones de hacerlo. Esta jurisdicción puede ser activada por el Fiscal de la Corte, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y por los Estados Parte del Estatuto de la Corte⁹⁹.

En los casos de crímenes en los que el ejercicio de la competencia de la Corte hubiese sido activada por un Estado Parte o bien por la Fiscalía, la Corte sólo podrá ejercer su competencia si el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o bien el Estado del que sea nacional el acusado del crimen, es parte del Estatuto de Roma, o bien, no siéndolo, consiente en aceptar dicha competencia mediante declaración expresa.

Para que exista la posibilidad de enjuiciar ante la CPI, además de la necesaria adición al Estatuto en aras de cumplir con lo dispuesto por el artículo 22 y de no violar el principio *nullum crimen sine lege*, se requiere que la conducta que pretende ser tipificada pueda enmarcarse dentro de la categoría de crimen de derecho internacional. El bien jurídico protegido, así como el elemento internacional común a estos crímenes, permite dicha identificación.

Siguiendo la opinión de la profesora JIMÉNEZ-DÍAZ¹⁰⁰ y analizando aun las competencias de la Corte, la extensa redacción del artículo 8 del estatuto regulando las materias para las que la corte es competente es solo aplicable cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. No siendo aplicable a situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, como actos esporádicos y aislados de violencia u otros análogos; otras violaciones graves de leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, pero si a los conflictos armado que tienen lugar en el territorio de un estado cuando existe

⁹⁹ Información extraída del sitio web del Ministerio de Asuntos Exteriores Español. Disponible en el siguiente enlace: [Corte Penal Internacional \(exteriores.gob.es\)](https://exteriores.gob.es/) [fecha de consulta: 03/04/2021]

¹⁰⁰ Jiménez Díaz, M.J (2020). “¿Ha cumplido la legislación penal española con sus compromisos?” *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los derechos humanos*. Ed. Aranzadi S.A.U, Pamplona. Pp 1010 y ss.

un conflicto armado prologando entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

En cuanto al hecho de no haber incluido el crimen de terrorismo de forma explícita como delito para el que la corte el que resulta competente de enjuiciar, JIMENEZ GARCÍA¹⁰¹ nos explica que aunque en los trabajos de la Comisión Preparatoria el crimen de terrorismo aparecía referenciado de forma independiente, el Estatuto de Roma no recoge como tipo criminal específico el terrorismo internacional. Las propuestas de diversos Estados (Argelia, India, Sri Lanka y Turquía) llevaron a que se adoptara la Resolución E, como parte del Acta Final de la Conferencia de Roma¹⁰², que prevé el examen del terrorismo internacional con vistas a su incorporación al Estatuto una vez que haya entrado en vigor. Además, en la mencionada Resolución se reconoce que:

“Los actos terroristas, por quienquiera y dondequiera que sean perpetrados y cualesquiera que sean sus formas, métodos o motivos, constituyen graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional”.

De otro lado, la exclusión no significa que los actos de terrorismo no puedan ser calificados, como crímenes internacionales. Los propios arts. 10 y 22.3 del Estatuto Roma prevén que nada de lo dispuesto en el Estatuto se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de Derecho internacional ni afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional independientemente del presente Estatuto. Además la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha incitado, a través de la Resolución 1528 (2004)¹⁰³ a los Estados miembros a que emprendan la enmienda del Estatuto de la Corte Penal Internacional para incluir expresamente como un crimen específico contra la humanidad los actos de terrorismo. Los motivos de esta exclusión se refirieron, en aquel momento, principalmente a la inexistencia de una definición universal de terrorismo, al temor a una politización de la Corte, al carácter no suficientemente grave de la infracción terrorista y a la consideración de que sería más efectiva la persecución a nivel nacional¹⁰⁴. Motivos

¹⁰¹ Cit. Pp 36 y ss.

¹⁰² Naciones Unidas (1998). *Acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las naciones unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional*. (a/conf.183/10*).

¹⁰³ Resolución 1528 aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4918ª sesión, celebrada el 27 de febrero de 2004. S/RES/1528.

¹⁰⁴ Cassese A., (2004). “Terrorism as an international crime”. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. Ed: Hart Publishing, Oxford. p. 218.

que en la actualidad están resultando alterados por la práctica anteriormente reseñada. Más concretamente y respecto la politización de la Corte y la conveniencia de la persecución nacional, se ha indicado que la Corte podría ser percibida como un órgano imparcial y representativo del sistema jurídico internacional, incluyendo más garantías en la protección de los derechos humanos. Además la Corte evitaría, en cierta medida, la activación del complicado y complejo sistema de extradición y cooperación internacional entre Estados atenuando la politización de las relaciones interestatales, en especial cuando, como en el asunto *Lockerbie*, la sanción del atentado terrorista deja de ser un fin en sí mismo para convertirse en una política de Estado y de las relaciones internacionales de los Estados implicados en la controversia derivada del mismo¹⁰⁵.

4.3.2 POSIBILIDAD DE ACUDIR A LA CPI

De acuerdo con ARMENDARIZ¹⁰⁶, la Corte no tiene una competencia principal. La jurisdicción de la Corte es voluntaria y actúa solo cuando los Estados no tienen voluntad o disposición de actuar sobre un crimen, de acuerdo con un sistema complejo de admisibilidad de casos fijado dicho sistema en el artículo 17 del Estatuto. Esta es una característica muy original de la CPI en comparación con otros tribunales internacionales.

Como señala VALLEJO PEÑA¹⁰⁷, no se puede obviar la naturaleza complementaria de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, pues en su competencia está el reconocimiento de la preferencia de las jurisdicciones nacionales, de forma que según su artículo 17 no tendrá competencia cuando el asunto esté siendo enjuiciado o investigado por «el estado que tiene jurisdicción» en dicho asunto o cuando tras una investigación «el estado que tenga jurisdicción» haya acordado no incoar acción penal contra la persona responsable o esta haya sido ya enjuiciada por el Estado o cuando no sea de gravedad suficiente, salvo cuando la pasividad del estado se deba a que no está dispuesto a llevar acabo el enjuiciamiento o que no pueda realmente hacerlo.

Limitando más aún su competencia está la obligada sujeción al principio de irretroactividad, de forma que la CPI tiene competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (1 de julio de 2002). Si un Estado

¹⁰⁵ Arnold R., (2004). *The ICC as New Instrument for Repressing Terrorism*. Ed: Brill Academic Publishers, Inc, New York. pp.62-64.

¹⁰⁶ Armendáriz, L (2020). Extracto de la entrevista realizada por la Revista 'La Universidad de Internet' en fecha 24/09/2020. Entrevistador Alberto Pascual García. Consultado en <https://www.unir.net/derecho/revista/que-es-la-corte-penal-internacional/> [fecha de consulta: 07/04/2021]

¹⁰⁷ Ob cit. pp 180 y ss.

hubiese ratificado su Estatuto después de esta fecha, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración aceptando la competencia de la Corte desde el 1 de julio de 2002.

Así pues según la función de la Corte en nuestro ordenamiento internacional e independientemente de poder calificar los actos terroristas como crimen de lesa humanidad, queda claro que en el caso de que se abriera un procedimiento contra algún exmiembro de ETA y sus actos fueran calificados dentro de las competencias de la Corte esta no tendría posibilidad alguna de procesarlo. La justificación es tan simple como la redacción del ya citado artículo 17 del Estatuto, pues atendiendo al principio de complementariedad de la jurisdicción de la CPI, no se enjuiciarían en ella los crímenes de ETA, salvo que haya una pasividad por parte de las autoridades estatales. Por lo tanto, las reclamaciones de organizaciones españolas de víctimas que han pedido su posterior enjuiciamiento ante la Corte no pueden proliferar pues este tribunal no es un órgano en materia de recursos si no que pretende actuar de forma complementaria cuando sean los propios Estados los que se abstengan notoria e infundadamente de actuar.

5 CONCLUSIONES

Como conclusión, tanto los actos de terrorismo como los crímenes de lesa humanidad son considerados como crímenes internacionales pues hay que ir más allá de los hechos individuales concretos, centrándonos en el contexto típico, la dimensión colectiva de la conducta criminal a estudio, que será la que justifique por qué conductas tradicionalmente castigadas en los ordenamientos jurídico-penales internos ahora merecen un tratamiento diferenciado y de mayor castigo por su afección a la Comunidad internacional, a pesar de las diferencias de trato de los mismos por parte de los Tribunales penales internacionales. En mi opinión, estas diferencias no son más que la consecuencia de la falta de consenso en el concepto del delito de terrorismo pese a los numerosos tratados sectoriales que se han ido creando a lo largo de la historia del Derecho Penal Internacional. Mientras, los Estados intentan llegar a un consenso trabajando en un tratado general sobre el terrorismo desde las Naciones Unidas.

Esta inexactitud conceptual ha creado dudas en cuanto a la determinación de ciertos actos de ETA como crímenes de lesa humanidad tras su tipificación en nuestro Ordenamiento interno, haciéndonos considerar si las conductas de terrorismo y contra la

humanidad pueden ser complementarias, siendo el crimen de lesa humanidad una conducta más amplia en cuanto al hecho típico y así subsumir en él los actos de terrorismo, o por el contrario solo cabe atribuir una u otra a determinados actos.

De todo lo expuesto anteriormente importa matizar la actual incertidumbre legal en cuanto a la convergencia de conductas típicas en los delitos de terrorismo y lesa humanidad. No hay duda de que la línea argumentativa seguida por los Autos de los procedimientos estudiados ha seguido un camino cuanto menos escabroso y alejado de la verdadera cuestión. Pues esta cuestión, en atención a toda la normativa expuesta, puede llegar a concluir que el terrorismo, en determinadas situaciones, sí podrá formar parte del delito de lesa humanidad, pero en los casos donde una misma conducta de lugar a la consideración de ambos delitos no podrá hacerlo nunca como dos delitos autónomos a nivel internacional, al menos por ahora.

Así pues es necesaria la toma de decisiones hacia un camino u otro, ya que si algo positivo podemos sacar de esta situación de incertidumbre es el amplio margen de acción que hoy día podemos tomar. En este sentido si la legislación internacional decide tipificar el delito de terrorismo e incluirlo como conducta constitutiva de un delito contra la humanidad o bien decide darle una autonomía total es una decisión que debe ser tomada cuanto antes.

En mi opinión, considero esta cuestión de vital importancia pues no supone ayuda de ningún tipo la falta de claridad conceptual y tampoco la actual realidad pues, afortunadamente (o no), son tan poco usuales los casos donde hemos podido comparar en un mismo hecho las dos conductas que no podemos dar una respuesta clara y cerrada a la incógnita. Es por ello que esta cuestión, aunque ha sido materia de estudio por muchos profesionales, no va a hallar su respuesta si no es a través del paso del tiempo, de modo que necesitamos situaciones que hagan delimitar y nos permitan amoldar ambos conceptos creando así un acervo comunitario en materia de jurisprudencia que nos disipe dudas, pues en materia reglamentaria y legislativa hemos comprobado que los Estados y sus máximos representantes no consideran prioritaria la resolución de esta laguna legal.

Por último, debemos dejar clara la negativa a la cuestión del posible enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad, ante la Corte Penal Internacional, de cualquier Estado que, habiendo ratificado el Estatuto de Roma, tenga su poder judicial una mínima intención de investigar o enjuiciar dichos actos.

6 BIBLIOGRAFIA

6.1 DOCTRINA

- ARMENDÁRIZ, L (2020). Extracto de la entrevista realizada por la Revista '*La Universidad de Internet*' en fecha 24/09/2020.
- ARNOLD R., (2004). *The ICC as New Instrument for Repressing Terrorism*. Ed: Brill Academic Publishers, Inc, New York.
- AZURMENDI BADIOLA JF. (2014) "La historia de ETA empezó en 1936". *ETA de principio a fin*. Ed. Tarttalo, Donostia.
- BENUZARTEA, O. (2014). *Memorias de la violencia: profesores, periodistas y jueces que ETA mandó al exilio*, ed. Almuzara, Córdoba.
- CALLEJA, J.M. (1999). La diáspora vasca, *El País-Aguilar*, Madrid
- CASSESE A., (2004). "Terrorism as an international crime". *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. Ed: Hart Publishing, Oxford.
- ESCUDERO ESPINOSA, J.F. (2004): La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia, Editorial Dilex S.L., Madrid.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (2017) El parámetro interpretativo: el crimen de lesa humanidad. "Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional relativa a la organización terrorista nacionalista vasca ETA" *Revista Europea de Derechos Fundamentales • segundo semestre 2017*.
- GIL GIL, A. (2002). "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los «Elementos de los Crímenes»", en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*. Ed Tirant Lo Blanch, Valencia.
- GIL-ROBLES, A (2001). Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos sobre su viaje a España y, en particular, al País Vasco, del 5 al 8 de febrero de 2001.
- GREENWOOD C. (2002) "International Law and the «War against Terrorism», *International Affairs*, vol. 78, N° 2, Ed. Oxford University Press, Oxford.
- JIMENEZ DÍAZ, M.J (2020). "¿Ha cumplido la legislación penal española con sus compromisos?" *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los derechos humanos*. Ed. Aranzadi S.A.U, Pamplona.

- JIMÉNEZ GARCÍA, F. (2006) “Derecho Internacional Penal y Terrorismo: Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”. *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*. Ed. Universidad del País Vasco
- J.L. GONZÁLEZ CUSSAC Y E. GÓRRIZ ROYO, (2003) “Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *La Corte Penal Internacional (Un Estudio Interdisciplinar)* Ed Tirant Lo Blanch, Valencia,
- KIRSCH, PH. (2002) «Terrorisme, crimes contre l’humanité et Cour pénale internationale», en la obra colectiva de S.O.S. *Attentats*, ed. Livre Noir, Paris.
- QUEL LÓPEZ, F.J (2003), “Los Tribunales Penales Internacionales «ad hoc»”, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Dilex.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1995). *Tratado de derecho Penal Internacional e internacional penal*, Tomo I, Ed. Instituto Francisco de Vitoria., Madrid.
- DOUDOU THIAM, Quinto informe sobre el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, de 1954, Documento A/CN.4/404.
- LANDA GOROSTIZA J-M., (2004) “El ‘nuevo’ crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Revista Penal La Ley*, nº 4, Ed. Tirant lo Blanch, Universidad de Salamanca, Universidad Pablo de Olavide, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Huelva.
- LLERA, FJ, LEONISIO R. (2017) «La estrategia del miedo. ETA y la espiral del silencio en el País Vasco», Informe del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo, núm. 1.
- LÓPEZ ROMO, R. (2015), *Informe Foronda. Los efectos del terrorismo en la sociedad vasca*, ed. Catarata, Madrid.
- MATEUS RUGELES, A., MARTÍNEZ VARGAS, JR. (2010). “Corte Penal Internacional y Terrorismo”. *Derecho penal Internacional y Terrorismo: ¿crimen de derecho internacional?*.
- MORILLAS CUEVA, L. (2018). *Sistema de derecho penal. Parte general*. Ed. Dykinson, Madrid.
- NACIONES UNIDAS (2008), “¿Qué es el terrorismo?” *Folleto informativo N°32: Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*.
- OLÁSOLO H, Y PÉREZ CEPEDA, A, (2008) *Terrorismo Internacional y conflicto armado*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- PAGA ZAURTUNDUA, M (2015). *Los profesores de la UPV/EHU frente a ETA. Informe*, UPyD, Madrid.

- Periódico “El País”. El dolor por 854 muertos y miles de amenazados y heridos.
- Periódico “El País”. 50 años de terrorismo, 854 víctimas mortales.
- Periódico “El País”. “ETA al pueblo vasco: declaración sobre el daño causado”.
- Revista Fundación Víctimas del Terrorismo, núm. 58, marzo 2017.
- SÁEZ DE LA FUENTE ALMADABA, I. (2017). *Misivas del terror. Análisis ético-político de la extorsión de ETA contra el mundo empresarial*, Ed, Deusto-Marcial Pons, Madrid.
- SOREL J.M (2011), “Existe-t-il une definition universelle du terrorisme?”. *L'internationalisation du jugement des actes de terrorisme international*. Ed. Pedone, París.
- VALLEJO PEÑA, C. (2016). “Admisión del principio de jurisdicción universal en el derecho internacional convencional”. *El estado de la jurisdicción universal en el derecho internacional y en el derecho interno español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- VERONA MARTÍNEZ, G. (2009), *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi*. Ed: Ararteko, Vitoria-Gasteiz.
- WERLE, G. (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- YÁÑEZ-BARNUEVO, J.A. (1999) “De la utopía a la realidad: El Tribunal Penal Internacional”, *50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Jornadas conmemorativas. In memoriam, Alberto Jiménez Becerril, Ascensión García Ortiz: Sevilla, 9 al 13 de noviembre de 1968*, Ed. Fundación Cajasol, Sevilla.

6.2 REFERENCIAS LEGALES

- Acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las naciones unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. (a/conf.183/10*). Naciones Unidas (1998).
- Carta de las naciones unidas. Organización de las Naciones Unidas (1945)
- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Asamblea General de Naciones Unidas (1999).
- Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Organización de las Naciones Unidas (1997).
- Convenio de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

- Estatuto de la Corte Penal Internacional. Corte Penal Internacional (1998)
- Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio nº 196 del Consejo de Europa). «BOE» núm. 250, de 16 de octubre de 2009.
- “Informe sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones” (UN.doc. A/51/10). Comisión Derecho Internacional (1996).
- Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Observación general Nº 31, p 3. Comité de Derechos Humanos (2004).
- Protocolo Adicional I y II a los Convenios de Ginebra. Organización de las Naciones Unidas (1977)
- Resolución A/RES/52/164 de 15 de diciembre de 1997. Asamblea de las Naciones Unidas.
- Resolución RC/Res.6. Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, (2010)
- Resolución 1368 (2001) Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001 (S/RES/1368).
- Resolución 1373 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001 (S/RES/1373).
- Resolución 1528 aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4918ª sesión, celebrada el 27 de febrero de 2004 (S/RES/1528).
- IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Organización de las Naciones Unidas (1949)

6.3 JURISPRUDENCIA CITADA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, Sumario del Proc. Ordinario 03/2015.
- Auto dictado por el Juzgado central de Instrucción número 2, Sección Tercera, en el Sumario 22/2000.
- Auto de 20 de abril de 2016. Juzgado Central de Instrucción núm. 3.
- Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 en el Procedimiento Ordinario núm. 2/2000
- Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 3 relativo al Sumario del Procedimiento Ordinario 03/2015.

- Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, del Sumario 22/2000.