

HIS PROVIDE ET PRO...

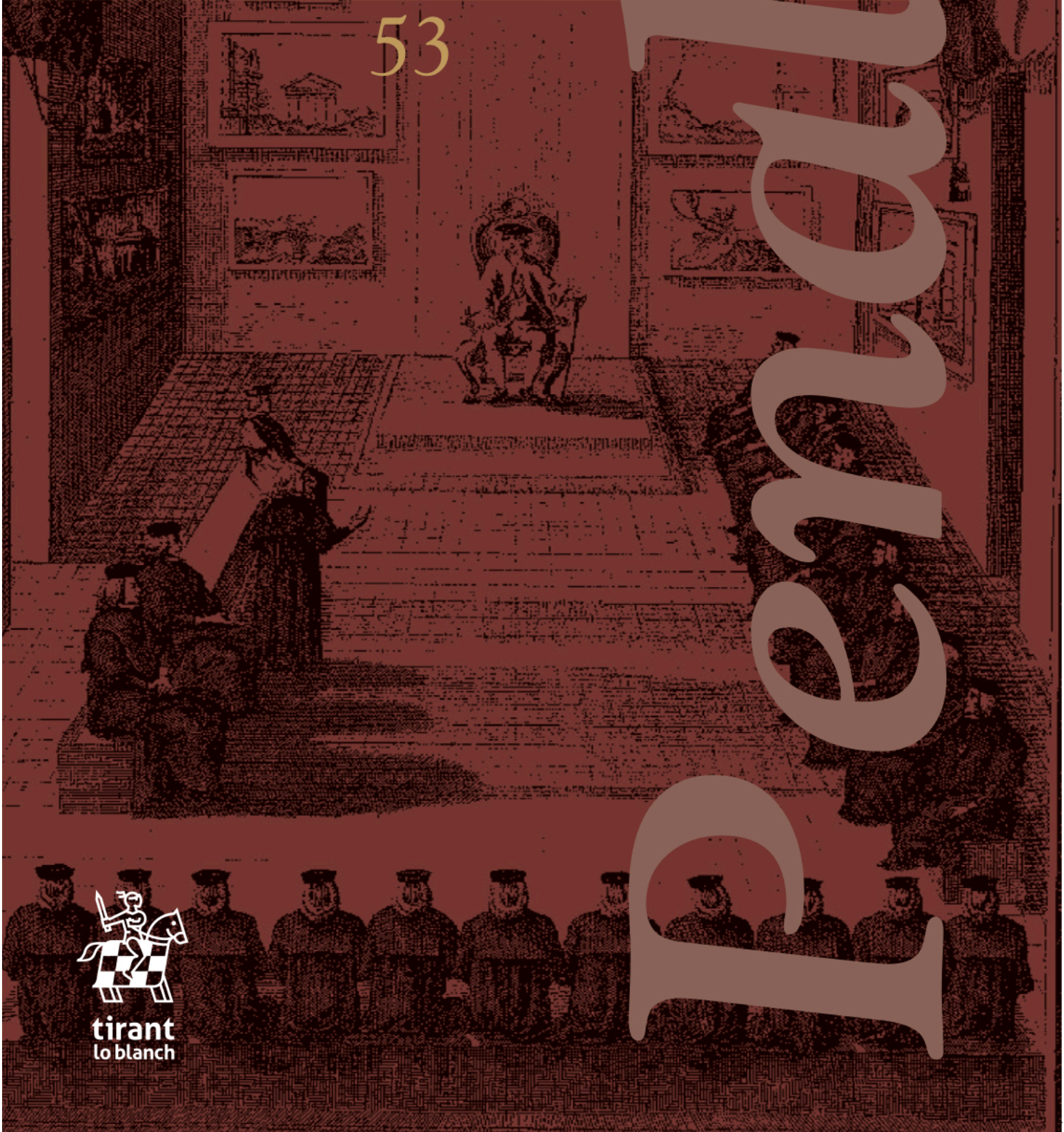
INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

# Revista

Enero 2024

53

# Renal



# Revista Penal

Número 53

## Sumario

---

### Doctrina:

– La lucha contra la corrupción en la Unión Europea a través de la OLAF y la Fiscalía Europea, por <i>Álvaro Alzina Lozano</i> .....	5
– Sobre la protección penal del medio ambiente. Especial referencia al ecocidio, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....	22
– Política criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina, por <i>Emiliano Borja Jiménez</i> .....	38
– El ejercicio de políticas recaudatorias a través del Derecho penal: notas críticas sobre el fundamento fiscal de la regularización tributaria, por <i>Miguel Bustos Rubio</i> .....	64
– El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico, por <i>Cristina García Arroyo</i> .....	82
– La legislación antidiscriminatoria italiana a la luz de la legislación y la jurisprudencia supranacional y el nuevo proyecto de Ley contra las discriminaciones de género (la homofobia), por <i>Anna Maria Maugeri</i> .....	96
– El surgimiento de los compliance programs y su relevancia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas en EE.UU., por <i>Lucas G. Menéndez Conca</i> .....	131
– La protección penal del medio ambiente: especial referencia a la flora como elemento de la biodiversidad, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i> .....	151
– El derecho de defensa ante el Código penal: el nuevo delito de ocultar información sobre el paradero del cadáver, por <i>Elena Núñez Castaño</i> .....	181
– El principio de territorialidad y la participación delictiva transnacional, por <i>Andrés Payer</i> .....	203
– El art. 510 CP a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica, por <i>Antonio Rodríguez Molina</i> .....	223
– El caso <i>Vos Thalassa</i> . El principio de <i>non refoulement</i> y el reconocimiento de la legítima defensa de los migrantes en caso de devolución a Libia, por <i>Andrea Tigrino</i> .....	242
<b>Sistemas penales comparados: El delito de enriquecimiento ilícito (<i>Illicit enrichment</i>).....</b>	<b>257</b>

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja  
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I<sup>o</sup>  
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla  
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña  
Alessandro Melchionda. Univ. Trento  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Pineda. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires  
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Veronika Albach y Christoph Hollman (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)  
Jiajia Yu (China)  
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)  
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)  
Elena Núñez Castaño (España)  
Federica Raffone (Italia)  
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)  
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)  
Blanka Julita Stefańska (Polonia)  
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)  
Ana Cecilia Morán Solano y John Charles Sirvent Istúriz  
(República Dominicana)  
Svetlana Paramonova (Rusia)  
Baris Erman (Turquía)  
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)



## El caso *Vos Thalassa*. El principio de *non refoulement* y el reconocimiento de la legítima defensa de los migrantes en caso de devolución a Libia

Andrea Tigrino

Revista Penal, n.º 53 - Enero 2024

### Ficha Técnica

**Autor:** Andrea Tigrino

**Adscripción institucional:** Investigador postdoctoral de Derecho Penal, Università degli Studi di Trento (Italia)

**Title:** The *Vos Thalassa* case. The principle of *non-refoulement* and the recognition of self-defence for migrants returned to Libya

**Sumario:** 1. Introducción. Los hechos del caso y la sentencia de primera instancia. 2. Breves apuntes sobre el derecho de *non refoulement*. 3. El juicio de apelación y sus aspectos críticos. 3.1. La causa de justificación de la legítima defensa y el requisito (implícito) de la no voluntaria causación de la situación de peligro. 4. La decisión de la corte suprema de casación. 5. Consideraciones finales. el recurso pendiente ante el tribunal europeo de derechos humanos y la comunicación a la corte penal internacional sobre los crímenes libios.

**Summary:** 1. Introduction. facts of the case and the first instance judgement. 2. Short notes on the principle of *non-refoulement*. 3. The appeal and its critical aspects. 3.1. The justification of self-defence and the (implicit) requirement of the non-voluntary causation of a dangerous situation. 4. The decision of the supreme court of cassation. 5. Final thoughts. the pending action before the european court of human rights and the communication to the international criminal court about the lybian crimes.

**Resumen:** Al final de un tumultuoso procedimiento penal, la Corte Suprema de Casación italiana reconoció la causa de justificación de la legítima defensa con respecto a la conducta de algunos migrantes que habían reaccionado a la devolución hacia las costas libias, lugar donde se creía que podían correr el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes. Las tres sentencias a través de las cuales se desarrolló el caso ofrecen numerosos elementos de reflexión, entre ellos los aspectos críticos de la sentencia de la Corte de Apelación de Palermo y el debate sobre los requisitos de la citada eximente.

**Palabras clave:** migración, causas de justificación, legítima defensa, no devolución, derecho supranacional.

**Abstract:** At the end of a troubled criminal case, the Supreme Court of Cassation recognized the justification of the self-defence in favour of some migrants who had opposed the refoulement to the Libyan coast, a place where it was considered that they could run the risk of suffering torture or inhuman or degrading treatment. The three judgments through which the case developed offer plenty of food for thought, including the criticalities of the judgment of the Court of Appeal of Palermo and the debate on the requirements of the aforementioned justification.

**Key words:** migration, justifications, self-defence, non-refoulement, supra-national law.

**Rec.:** 10-02-2023 **Fav.:** 24-10-2023

## 1. INTRODUCCIÓN. LOS HECHOS DEL CASO Y LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En la noche entre el 8 y el 9 de julio de 2018, en la zona SAR (*Search and Rescue*) de Libia<sup>1</sup>, el remolcador italiano *Vos Thalassa* realizaba actividades de rescate a favor de sesenta y siete migrantes de diferentes nacionalidades, partidos de la costa de Zuara a bordo de una barcaza de madera. Después de haber esperado informaciones del MRCC (*Maritime Rescue Coordination Centre*) de Roma, que se había puesto en contacto con la Guardia Costera libia, la misma autoridad africana daba directrices sobre el transbordo de migrantes en una lancha patrullera libia. Durante la realización de esta operación, obviamente temida por las personas a bordo del buque por miedo a la violencia y a la muerte en el lugar de partida, dos ciudadanos de nacionalidad sudanesa y ghanesa —junto con otros sujetos no identificados— ejercieron violencia y amenazas contra el marinero de turno, el Primer Oficial y el Comandante de la *Vos Thalassa*, obligándolo a dar marcha atrás y a solicitar urgentemente la intervención de las autoridades italianas. Por estas razones, los dos migrantes fueron imputados por los delitos de violencia y resistencia agravada a funcionarios públicos (artt. 336, 337 y 339 apartado 2 c.p.) y ayuda a la inmigración clandestina (art. 12, apartado 2, letras a) y d) 3-bis del Decreto Legislativo 25 de julio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), dado que, como consecuencia del cambio de rumbo, la nave militar italiana *Diciotti* se había visto obligada a traer a los migrantes al puerto de Trapani el 12 de julio de 2018.

Con sentencia de 3 de junio de 2019<sup>2</sup>, el juez de las investigaciones preliminares de Trapani, aun considerando probados los elementos objetivos y subjetivos de los delitos imputados, acogía la tesis presentada por el defensor de uno de los dos acusados, reconociendo la causa de justificación de la legítima defensa regulada

por el art. 52 c.p. Conviene mencionar que esta disposición, a su primer apartado, afirma: «No es punible quién cometió el hecho en cuanto obligado por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra el peligro actual de una ofensa injusta, siempre que la defensa sea proporcionada a la ofensa». En una larga y articulada decisión, el magistrado siciliano operaba en primer lugar un análisis más detallado sobre el derecho que la reacción de los migrantes pretendía proteger, observando cómo los derechos a la vida y a la integridad física y sexual, que se habrían visto comprometidos por la devolución de los migrantes a Libia, constituyen «derechos individuales absolutos que atañen a la persona como tal [...], inalienables, intrasmisibles, indispensables e imprescriptibles»<sup>3</sup>, protegidos tanto por el art. 2 de la Constitución italiana, así como por las normas de derecho internacional generalmente reconocidas que el ordenamiento jurídico italiano debe cumplir en virtud del art. 10 de la Constitución. Entre los convenios internacionales, el juez mencionaba la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Tratado de la Unión Europea (1992), el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (1997) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000); con referencia específica a la materia de la búsqueda de personas en el mar y del salvamento marítimo, una mención especial estaba reservada para el Convenio de Montego Bay de 1982 (que obliga a los capitanes de los buques de los Estados contratantes a prestar auxilio a los náufragos encontrados en el mar y a acudir inmediatamente al rescate de personas en peligro cuando se conozca su necesidad de auxilio), el Convenio para de la vida humana en el mar (1974) y el Convenio de Hamburgo de 1979 (también conocido como “Convenio SAR”, que establece explícitamente el deber de desembarcar a los náufragos en un lugar

1 El establecimiento de una zona SAR, definida como un área de competencia en la que se requiere que un Estado proporcione salvamento en el mar, está condicionado a la adhesión de un Estado al Convenio SAR de 1979, al que se hará referencia más adelante. Respecto a la controvertida existencia de una zona SAR en Libia y a las problemáticas relaciones que han existido en los últimos años con las autoridades italianas, véase VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento italiano*, en *Questione Giustizia*, 2/2018. Para una exhaustiva exposición de la legislación en materia, se remite a TURCO BULGHERINI, *Soccorso, controllo delle frontiere e contrasto alla criminalità nel traffico via mare dei clandestini*, in *Immigrazione. Marginalizzazione. Integrazione*, Turín, 2018, pp. 137-145.

2 Juez de las investigaciones preliminares de Trapani, 3 de junio de 2019. El texto de la sentencia puede consultarse como anexo al artículo de MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, en *Diritto penale contemporaneo*, 24 de junio de 2019. La decisión fue también comentada por RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi «Vos Thalassa» e «Rackete»*, en *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2020, p. 185 ss. y mencionada por SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1887; LATTANZI, LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. I, Milán, 2021, pp. 699-700.

3 P. 20 de la sentencia citada.

seguro<sup>4</sup>, en concreto el puerto seguro más cercano al lugar de rescate). Más específicamente, la noción de “puerto seguro” debe ser examinada con particular atención si el naufrago es al mismo tiempo calificado como “migrante”, “refugiado” o “solicitante de asilo”, ya que, en cumplimiento de otros convenios internacionales fundamentales (sobre todo, además de los ya mencionados, el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados) y según la jurisprudencia constante del Tribunal de Estrasburgo, el Estado que coordina el salvamento (que ejerce poderes jurisdiccionales sobre las embarcaciones que transportan migrantes) tiene la responsabilidad de impedir que «los “desembarcos” se realicen en lugares “inseguros”, lo que daría lugar a violaciones manifiestas del principio de *non refoulement*, de la prohibición de “expulsiones colectivas” y, más en general, de los derechos de “protección internacional” concedidos a los refugiados (de hecho y/o de derecho) y a los solicitantes de asilo»<sup>5</sup>.

Tras definir el marco de los derechos en juego, el juez centraba su atención en el memorándum de acuerdo firmado el 2 de febrero de 2017 por el Primer Ministro italiano y por el entonces Presidente del Gobierno de Reconciliación Nacional de Libia, quienes, en un intento de llegar a una solución al problema de los migrantes que a través de Libia llegan a Europa de forma irregular, ha establecido la institución de campos de acogida temporales en Libia, controlados por el Ministerio del Interior libio a la espera de la repatriación o del retorno voluntario de los migrantes a sus países de origen. Como es evidente, este memorándum crea serios problemas de legitimidad en relación con los principios del citado Convenio de Hamburgo, dada la imposibilidad de definir a Libia, en la época de los hechos en cuestión, como un lugar seguro: tal nación, responsable por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, no ha ratificado hasta la fecha la Convención de Ginebra de 1951.

Otro problema inherente al memorándum residía en su contraste con el principio de *non refoulement* (cuyo fundamento jurídico se discutirá en el siguiente epígrafe de este artículo), que, al momento de su fir-

ma (2017), ya había adquirido el rango de *ius cogens*. En estos términos, el memorándum debe considerarse nulo, tanto porque, de conformidad con el art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, «es nulo cualquier tratado que, en el momento de su celebración, sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional general», cuanto porque el art. 10, apartado 1 de la Constitución italiana establece que «el ordenamiento jurídico italiano se ajusta a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas» (entre las cuales, precisamente, el principio de *non refoulement*). Además, el memorándum, a pesar de tener por objeto una materia comprendida dentro de aquellas para las que el art. 80 de la Constitución italiana requiere la autorización parlamentaria previa para la ratificación, se concluyó de forma simplificada, es decir solamente con el consentimiento expresado por el Primer Ministro italiano y el Presidente del Gobierno de Reconciliación Nacional de Libia: por lo tanto, el Tribunal de Trapani terminaba su reflexión sobre este punto afirmando que el memorándum debía considerarse un acuerdo jurídicamente no vinculante.

Habiendo aclarado la prevalencia de los Convenios mencionados y destacado los peligros para la integridad física y moral de los migrantes, la sentencia pasa a evaluar las condiciones para el reconocimiento de la legítima defensa en el caso concreto, articulando la cuestión en tres preguntas: 1) los acusados podían invocar un derecho? Tenían el derecho a no ser devueltos a Libia? 2) En el caso en que este derecho existía, la ofensa sufrida podía considerarse “injusta”? 3) Y, por último, en caso de respuesta afirmativa, la defensa ha sido proporcionada a la ofensa?

El juez daba tres respuestas afirmativas, de ahí la operatividad de la causa de justificación y la absolución de los acusados. En primer lugar, el derecho a la vida y a la integridad física y sexual estaban ciertamente en peligro por el hecho de que Libia, tal y como documentado por el UNHCR, se encontraba en aquel momento desgarrada por una guerra interna, contexto en el que se registraban «la ausencia de un sistema de asilo operativo, [...] abusos sufridos por los solicitantes de

4 De acuerdo con el § 6.12 de las Directrices del UNHCR sobre el trato de las personas rescatadas en el mar, la noción de “lugar seguro” puede definirse como un lugar donde «la seguridad de los sobrevivientes o su vida ya no está amenazada; se pueden satisfacer las necesidades humanas básicas (como alimentos, refugio y atención médica) y se puede organizar el transporte de los sobrevivientes a su destino cercano o final». Estas referencias están disponibles en línea en la dirección de *Internet*: <https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/soccorso-in-mare.pdf>.

5 Juez de las investigaciones preliminares de Trapani, 3 de junio de 2019, cit., p. 27. En concreto, la tarea de identificar el puerto seguro recae en el MRCC, que es el responsable de coordinar las operaciones en el mar. Para Italia, esta función se realiza sobre la base de las disposiciones del Decreto del Presidente de la República 28 de septiembre de 1994, n. 664 por la Comandancia General del Cuerpo de Capitanías Marítimas, que asegura la organización general de los servicios de búsqueda y salvamento marítimos, coordina las operaciones de búsqueda y salvamento en toda la región de interés italiano en el mar y mantiene contactos con los centros coordinadores de salvamento de otros Estados.

asilo y por los refugiados, la falta de protección contra tales abusos y la ausencia de soluciones duraderas<sup>6</sup>. Comprobado el contraste entre de la orden dada por las autoridades libias y el Convenio de Hamburgo y así la violación del derecho de los migrantes a ser llevados a un lugar seguro (de ahí el carácter “injusto”, es decir antijurídico, de la ofensa perpetrada), el magistrado constataba que el peligro que corrían los migrantes no había sido determinado voluntariamente (habiéndose alejado de lugares peligrosos y ya no habitables, por tanto por razones de supervivencia) y que su reacción ante la temida ofensa no fue desproporcionada (dada la posibilidad de sacrificar el derecho a la autodeterminación de la tripulación en nombre de los derechos a la vida y a no ser sometidos a torturas o tratos inhumanos).

## 2. BREVES APUNTES SOBRE EL DERECHO DE NON REFOULEMENT

El reconocimiento de la legítima defensa en el caso que acabamos de examinar requiere en primer lugar

una reflexión sobre el principio de *non refoulement*, cuya importancia permite comprender por qué se consideró justificada la reacción violenta de los migrantes.

A partir del art. 3 C.E.D.H. relativo al derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (que, como el Tribunal de Estrasburgo ha señalado en varias ocasiones, no admite excepciones ni siquiera en situaciones de emergencia como la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada<sup>7</sup>), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha derivado la prohibición de *non refoulement*, es decir la prohibición de expulsar, rechazar o extraditar a la persona extranjera a un Estado —aunque no sea parte de la Convención de 1950— cuando exista un riesgo real, actual, personal y concreto de sometimiento a prácticas de tortura o tratos inhumanos o degradantes por parte de agentes públicos o privados<sup>8</sup>. Incluso antes de ser reconocido por la jurisprudencia supranacional, el principio en cuestión ya fue afirmado por el art. 33 del Convenio de Ginebra de 1951, según el cual «ningún Estado contratante expulsará o devolverá, en forma

6 *Ibidem*, p. 47. Con mayor detalle, el UNHCR ilustra una situación «caracterizada por fragmentación política y militar, hostilidad entre facciones militares rivales, proliferación de grupos armados y un clima general de ilegalidad, así como por el deterioro de la situación de los derechos humanos» (p. 48). Entre las conductas calificadas como infracciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, se hacía referencia a detenciones arbitrarias, trabajo forzado, secuestros, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, así como persecuciones sistemáticas a opositores políticos y ciudadanos por su orientación religiosa (pp. 52-56 y 56-65 con referencia específica a la condición de los migrantes transitados por el territorio libio). Además, la jurisprudencia italiana ha reconocido repetidamente que los campos de detención libios son escenario de violencias brutales contra los migrantes allí detenidos: así *ex multis* Corte d'Assise de Milán, 10 de octubre de 2017, en *Diritto penale contemporaneo*, 16 de abril de 2018, comentada por BERNARDI, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori nei «centri di raccolta e transito» dei migranti in Libia*; Juez de las investigaciones preliminares de Messina, 18 de mayo de 2020, en *Sistema Penale*, 2 de octubre de 2020, comentada por MENTASTI, *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.)*. *Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*; Cass. pen., Sec. I, 4 marzo 2021.

7 Así *ex multis* Saadi c. Italia, 28 de febrero de 2008, recurso n. 37201/06; Nasr y Ghali c. Italia, 26 de febrero de 2016, recurso n. 44883/09. En virtud del carácter absoluto e inderogable de la prohibición de la tortura, la Corte rechazó en el caso Saadi el argumento aducido por el gobierno italiano según el cual debería permitirse la expulsión de personas peligrosas para la seguridad nacional aun cuando exista un riesgo concreto que el individuo expulsado sea sometido a torturas o tratos inhumanos en el Estado de destino. En doctrina, véase GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2/2008, p. 449 ss.; MOECKLI, *Saadi v Italy: the Rules of the Game Have not Changed*, en *Human Rights Law Review*, 8/2008, p. 534 ss.; SILEONI, *La CEDU e l'espulsione di immigrati stranieri: il caso Saadi c. Italia*, en *Quaderni Costituzionali*, 3/2009, p. 719 ss.; NANNINI, *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 3/2009, p. 807 ss.; PLASTINA, *Lotta al terrorismo: la Corte di Strasburgo conferma la natura assoluta dell'obbligo di "non refoulement" in relazione all'art. 3 CEDU*, en *Cassazione penale*, 7-8/2009, p. 3205 ss.

8 Para una amplia tramitación del principio de *non refoulement*, de su definición y de la protección ofrecida a lo mismo, véase *ex multis* LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, en *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, editado por E. Feller, V. Tuerk y F. Nicholson, Cambridge, 2003; LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milán, 2009, en particular el capítulo 4, p. 335 ss.; SALERNO, *L'obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2010, p. 487 ss.; HAMDAN, *The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Leiden-Boston, 2016; ZORZI GIUSTINIANI, *Divieto di non-refoulement e tortura. Osservazioni in margine al General Comment n. 4 alla Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984*, en *Federalismi.it*, 2/2018. Más recientemente, GONZÁLEZ DE LARA MINGO, *Niveles de protección reconocidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Principio de «non-refoulement» y causas de exclusión*, en *Actualidad administrativa*, 10/2019; STARITA, *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, en *Diritto pubblico*, 1/2020, p. 141 ss.; SOLANES CORELLA, *Protección y principio de non-refoulement en la Unión Europea*, en *Scio*, 19/2020, p. 27 ss.; GIUFFRÉ, *The Readmission of Asylum Seekers Under International*

alguna, a un refugiado a las fronteras de territorios donde su vida o su libertad se verían en peligro por causa de su raza, de su religión, de su nacionalidad, de su pertenencia a un grupo social o de sus opiniones políticas»<sup>9</sup>. Solo más tarde, precisamente gracias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el principio ha encontrado una aplicación más amplia, dado que su operatividad se ha extendida también a quienes aún no habían obtenido el estatuto de refugiado<sup>10</sup> y a todas las hipótesis de alejamiento de extranjeros, incluidas las extradiciones<sup>11</sup>, las expulsiones y las devoluciones de migrantes interceptados en alta mar. Con respecto a esta última hipótesis, es fundamental mencionar la sentencia dictada en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*<sup>12</sup>, en la que el Tribunal de Estrasburgo, al pronunciarse sobre la legitimidad de la devolución a Libia de unos doscientos migrantes interceptados en

aguas internacionales mientras intentaban llegar a las costas italianas, encontró la violación tanto del art. 3 C.E.D.H., cuanto del art. 4 del Protocolo adicional n. 4 anejo a la C.E.D.H. (1963), relativo a la prohibición de las expulsiones colectivas; esta disposición tiene por objeto «impedir que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar su situación personal y, en consecuencia, sin permitirles presentar sus argumentos para impugnar la medida adoptada por la autoridad competente»<sup>13</sup>.

La importancia del principio de *non refoulement* se subraya a nivel europeo mediante otras previsiones normativas, en particular el art. 19 de la Carta de Niza (por lo que «nadie puede ser deportado, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura u otros tratos o penas inhumanos o degradantes») y el art. 21 de la di-

---

Law, Oxford, 2020, en particular el capítulo 2, parte I, p. 37 ss.; GIL-BAZO, GUILD, *The Right to Asylum*, en *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, editado por C. Costello, M. Foster, J. McAdam, Oxford, 2021, p. 867 ss.; HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, 2021, en particular el capítulo 4, p. 312 ss.; FILL, *Le politiche migratorie europee tra esternalizzazione e violazione dell'obbligo di non-refoulement: pushback, pullback e backscattering*, en *Studi sulla questione criminale*, 3/2021, p. 83 ss.; MARCHEGIANI, *Il principio del "non-refoulement" ai tempi del Covid-19*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2021, pp. 28-51; MUCCIONE, *Obbligo di "non refoulement" e richieste di visti umanitari nel sistema della CEDU: la decisione della Grande Camera sul caso "M. N. e altri c. Belgio"*, en *OIDU – Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 1/2021, pp. 105-117; RIZZA, *Il visto umanitario europeo di asilo*, en *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale*, editado por L. Salvadego, M. Savino, E. Scotti, Turín, 2021, en particular el epígrafe 2, p. 83 ss.; BERTOMEU NAVARRO, *Reconocimiento y tutela del principio de non-refoulement en el derecho de la Unión Europea. Una crisis de valores*, Cizur Menor, 2022.

9 En su nota sobre la protección internacional del 13 de septiembre de 2001 (A/AC.96/951, § 16), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, llamado a supervisar la forma en que los Estados partes aplican el Convenio de Ginebra, aclaró que el principio enunciado en el art. 33 constituye «un principio fundamental de protección al que no se admiten reservas. En muchos aspectos, este principio es el complemento lógico del derecho a solicitar asilo reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este derecho ha llegado a ser considerado como una regla de derecho internacional consuetudinario vinculante para todos los Estados. [...] La obligación de no devolver también se reconoce aplicable a los refugiados independientemente de su reconocimiento oficial, lo que evidentemente incluye a los solicitantes de asilo cuyo estatus aún no ha sido determinado. [Este principio] cubre cualquier medida imputable a un Estado que pueda tener como efecto el retorno de un solicitante de asilo o de un refugiado a las fronteras de un territorio donde su vida o libertad estarían amenazadas y donde correría el riesgo de ser perseguido. Esto incluye la devolución a las fronteras, la interceptación y las devoluciones indirectas, ya sea un solicitante de asilo individual o una afluencia masiva de personas». Incluso antes del Convenio de 1951, el art. 3 de la Convención sobre el estatuto internacional de los refugiados (1933) afirmó una prohibición de *non refoulement* lograda mediante la aplicación de medidas policiales tales como expulsiones o no admisión en la frontera; sin embargo, la eficacia de esta disposición se vio frustrada por el hecho de que solo se refería a quienes habían sido «autorizados a residir legalmente [= en el territorio de uno de los Estados contratantes]».

10 *Chahal c. Reino Unido*, Gran Sala, 15 de noviembre de 1996, recurso n. 22414/93, § 80: «La protección que otorga el art. 3 [C.E.D.H.] es más amplia que la garantizada por el art. 33 del Convenio de 1951 [...]». La sentencia fue comentada por RUDOLF, *Chahal v. United Kingdom*, en *American Journal of International Law*, 1/1998, p. 70 ss.

11 *Soering c. Reino Unido*, Gran Sala, 7 de julio de 1989, recurso n. 14038/88.

12 *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Gran Sala, 23 de febrero de 2012, recurso n. 27765/09. La sentencia fue comentada por DI PASCALE, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2012, p. 85 ss.; BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, en *Quaderni Costituzionali*, 2/2012, p. 447 ss.; LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2/2012, p. 415 ss.; LENZERINI, *Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 3/2012, p. 721 ss.; PAPANICLOPULU, *Hirsi Jamaa v. Italy*, en *American Journal of International Law*, 2/2013, p. 417 ss.; FERNÁNDEZ ALLES, *Las expulsiones colectivas de extranjeros. Caso Hirsi Jamaa et al. contra Italia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, en *Decisiones básicas en materia de violaciones de derechos humanos*, editado por M. Revenga Sánchez, C. García Pascual, Madrid, 2015, p. 209 ss.

13 *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, cit., § 177.



rectiva 2011/95/UE<sup>14</sup>; además, el art. 52, § 3 de la Carta de Niza afirma que «en los casos en que esta Carta contenga derechos correspondientes a los garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el significado y el alcance de los mismos son iguales a los conferidos por dicho convenio»: por lo tanto, también bajo la legislación de la Unión Europea, el derecho a no ser expulsado, extraditado o rechazado a países como los reportados hasta ahora debe considerarse absoluto e inderogable. En Italia, en cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención ONU contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del 10 de diciembre de 1984<sup>15</sup>, la introducción de un nuevo delito de tortura en el 2017 (art. 613-*bis* c.p.) ha sido acompañada por la modificación del art. 19 T.U.I. (*Testo Unico sull'immigrazione*), que, en su apartado 1.1, considera inadmisibles «la devolución o la expulsión o la extradición de una persona a un Estado si existen razones fundadas para creer que corra el riesgo de ser sometida a tortura. En la evaluación de estas razones se tiene en cuenta la existencia, en ese Estado, de violaciones sistemáticas y graves de los derechos humanos».

Por último, destacando lo ya señalado en el epígrafe anterior, el carácter consuetudinario y vinculante del principio de *non refoulement*<sup>16</sup> está atestiguado por la vasta jurisprudencia sobre la materia —tanto interna como supranacional<sup>17</sup>— así como por la Asamblea General de la ONU, que se ha expresado en este sentido con las resoluciones n. 61/137 de 19 de diciembre de 2006 y n. 62/148 de 18 de diciembre de 2007.

### 3. EL JUICIO DE APELACIÓN Y SUS ASPECTOS CRÍTICOS

Tras el recurso de apelación propuesto por el fiscal, la Corte de Apelación de Palermo se pronunciaba con una sentencia diametralmente opuesta<sup>18</sup>, excluyendo la posibilidad por los migrantes de invocar la legítima defensa.

Ante todo, la decisión daba cuenta de las dos principales críticas formuladas por el fiscal: 1) en primer lugar, los tratados internacionales reconocerían como derecho subjetivo únicamente el de asilo, y no también el de no devolución y refugio en un puerto seguro, siendo este último considerado un mero «principio de conducta impuesto a los diferentes Estados»<sup>19</sup>. En consecuencia, dada la ausencia de un «derecho propio o ajeno» como exige el art. 52 c.p., la conducta violenta y agresiva de los imputados no estaría justificada como legítima defensa; 2) en segunda instancia, el juez de las investigaciones preliminares se habría equivocado en la reconstrucción del concepto de “puerto seguro” y en cuanto a la obligación que habría incumbido al Estado italiano, después de haber recibido la señal de socorro, de coordinar las acciones de salvamento y de dirigir los migrantes a su propia tierra: dado el establecimiento por parte de Libia de una zona SAR basada en el Convenio de Hamburgo y teniendo en cuenta que la Guardia Costera libia había ordenado al remolcador *Vos Thalassa* que cumpliera sus instrucciones, las operaciones de salvamento deberían haber entrado dentro de la competencia operativa de este Estado, de ahí la errónea identificación de la Comandancia General de la Guardia Costera italiana como el organismo requerido

14 Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CCPR General Comment No. 20, 10 de marzo de 1992), el principio de *non refoulement* también está protegido por el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

15 A este respecto, el Comité contra la Tortura, establecido de conformidad con el art. 14 de la Convención en cuestión, ha afirmado reiteradamente cómo la expulsión de un extranjero a un Estado en el que existe un riesgo razonable de que sea sometido a tortura o tratos similares constituye una violación del art. 3 de la Convención. Así *ex multis* en *Mutombo c. Suiza*, Comunicación n. 13/1993, 27 de abril de 1994.

16 En doctrina, donde el consenso es prácticamente unánime, véase MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1991; ALLAIN, *The jus cogens Nature of non-refoulement*, en *International Journal of Refugee Law*, octubre de 2001, p. 533 ss.; PEDRAZZI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, en *Verso una disciplina europea del diritto d'asilo*, a cura di L. Zagato, 2006, p. 35.

17 *Ex multis*, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 10 de diciembre de 1998, *Fiscal c. Anto Furundžija*, §§ 138, 144 y 153; Corte Suprema de Israel, 6 de septiembre del 1999, *Comité Público contra la Tortura en Israel y otros c. Estado de Israel*, § 23; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani c. Reino Unido*, recurso n. 35763/97, § 61; *Cámara de los Lores*, 8 de diciembre de 2005, *A. y Otros c. Secretary of State of the Home Department*, § 33; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2006, *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, § 271.

18 Corte de Apelación de Palermo, Sección IV penal, 24 de junio de 2020. El texto puede consultarse como anexo al artículo de MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, en *Sistema Penale*, 21 de julio de 2020; NATALE, *Caso Vos Thalassa: il fatto; la lingua e l'ideologia del giudice*, en *Questione Giustizia*, 23 de julio de 2020. La decisión es también mencionada en MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milán, XI ed., 2022, pp. 344-345.

19 P. 3 de la sentencia citada.

para llevarlas a cabo. Si no fuera así, estaría justificada cualquier acción violenta o agresiva realizada por sujetos que, provenientes de territorio libio y rescatados en la zona SAR de ese país, se opusieran a las acciones realizadas por marineros italianos que actúan en cumplimiento de las disposiciones recibidas de las autoridades nacionales competentes en esa área de intervención. Por último, el fiscal criticaba ulteriormente la aplicación de la causa de justificación de la legítima defensa, señalando específicamente la falta de actualidad del peligro de lesión de un derecho subjetivo: además del hecho de que los migrantes se encomendaron libremente a peligrosas organizaciones criminales para realizar su viaje a Europa (de ahí una voluntaria causación de la situación de peligro), «en ningún caso puede considerarse que todos los que viven en Libia se encuentran en situaciones que sean relevantes a los efectos del ejercicio de la eximente regulada en el art. 52 c.p.; y no parece que los sujetos transbordados en el *Vos Thalassa*, si hubieran sido devueltos a territorio libio, se habrían encontrado en situaciones diferentes de las demás personas que residen o alojan allí»<sup>20</sup>.

Contradiendo el juez de primera instancia, la Corte de Apelación consideraba que la sentencia impugnada se había centrada excesivamente en la relación entre el Convenio de Hamburgo y el memorándum Italia-Libia, sin dedicar un estudio similar a los principios reguladores de la causa de justificación en cuestión. Sin detenerse en la “necesidad de defender un derecho propio o ajeno”, la Corte centraba su atención en el requisito implícito, reconocido por la jurisprudencia, de la no voluntaria causación o previa aceptación del peligro por parte de quien solicita el reconocimiento de la legítima defensa. La cuestión, según la Corte erróneamente resuelta por el juez de Trapani, se abordaba observando cómo los migrantes se habían puesto voluntariamente en estado de peligro, habiendo planificado una travesía en condiciones de extremo peligro y habiendo invocado posteriormente asistencia a las embarcaciones de salvamento, conducta esta última que excluiría la naturaleza del rescate como hecho imprevisible y, por el contrario, destacaría su esencia como situación debidamente prevista en el contexto del viaje a Europa<sup>21</sup>. Por lo tanto, las acciones violentas y amenazantes realizadas en perjuicio del personal a bordo del remolcador habrían sido cometidas como el acto final de una conducta delictiva

programada de antemano, de ahí la inaplicabilidad de la eximente. En este contexto, la Corte también observaba que «estaría realmente en contradicción con los principios de razonabilidad del ordenamiento jurídico, e incluso un tanto criminógena, una interpretación de los principios reguladores de la causa de justificación de la legítima defensa, aplicados al derecho del mar, que permitiría a los migrantes de tener siempre y en todo caso conductas objetivamente ilícitas hacia las tripulaciones marítimas que no complacieron su deseo de llegar a las costas europeas, además en situaciones de peligro intencionadamente provocadas; o cuya causalidad hayan aceptado voluntariamente»<sup>22</sup>. Teniendo en cuenta todo esto, la Corte llegaba a calificar como “ideológico” el planteamiento del juez de las investigaciones preliminares, ya que, a pesar de las comprensibles preocupaciones «respecto de sujetos que ciertamente se encuentran actuando en un estado de dificultad evidente, algunos incluso en la desesperación», en ningún caso sería posible «crear atajos, también peligrosos, considerando en principio justificadas conductas dotadas de un gran desvalor penal». En otras palabras, el juez de primera instancia abordaría la cuestión principalmente desde un punto de vista bibliográfico, describiendo la situación general en la costa libia sin apresurarse a realizar un «análisis sereno de las instituciones jurídicas» en el caso concreto<sup>23</sup>.

Bien mirado, la sentencia de apelación que ha subvertido el juicio de primera instancia condenando a los dos imputados se expone a numerosas críticas, tanto con respecto a las tesis de la acusación pública como a las conclusiones de los jueces de Palermo. En primer lugar, el fiscal niega que el principio de *non refoulement* constituya un verdadero y propio derecho subjetivo, representando por el contrario un mero “principio de conducta”. Neto de la falta de fundamento, de la arbitrariedad de esta tesis así como de la dudosa consistencia dogmática de la categoría que se acaba de mencionar, la réplica es sencilla, refiriéndose a lo dicho en el transcurso del epígrafe anterior (*supra*, § 2) sobre la naturaleza del principio en cuestión como *ius cogens*. El propio fiscal, al tratar el elemento de la voluntaria causación de la situación de peligro, opina que el mismo puede considerarse integrado por la encomienda libre y espontánea de los migrantes a organizaciones criminales en la realización de la travesía por el Me-

20 *Ibidem*, p. 5.

21 *Ibidem*, p. 7: «Por lo tanto, la organización criminal que organizó el viaje implementó una conducta, plenamente aceptada por los migrantes, para la cual se creó artificialmente una situación de necesidad (la salida en una barcaza de madera abarrotada de personas y claramente inadecuada para cruzar el Canal de Sicilia) finalizada a estimular una intervención de soporte, que condujese al desembarco de inmigrantes ilegales y la persecución del fin de la organización criminal; y, por lo tanto, para garantizar el desembarco de los migrantes en suelo italiano».

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*, p. 8.

diterráneo; sin embargo, tal enfoque denota confusión entre el peligro de naufragio (riesgo al que inevitablemente los migrantes deciden exponerse para escapar de condiciones de vida insostenibles) y el peligro de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes en las costas y especialmente en los centros libios, con respecto al cual las conductas de los prófugos no tiene ninguna correlación. Pensar que la violencia en cuestión fue espontáneamente aceptada por los migrantes, afirmando en consecuencia la relevancia delictiva de su reacción violenta a bordo del remolcador, significa *de facto* desconocer las razones de la fuga de los mismos de sus respectivos países. Aún más grave es la alegación según la cual no podría en ningún caso considerarse que todos los que viven en Libia se encuentran en situaciones relevantes por el ejercicio de la legítima defensa, porque no parecería que los sujetos transbordados en el *Vos Thalassa*, si hubieran sido devueltos a territorio libio, se hubieran encontrado en situaciones diferentes de las demás personas que residen o alojan allí. Tal postura, que no toma en consideración el contenido del memorándum Italia-Libia y asume que los migrantes sean libres de circular en territorio libio una vez regresados a la costa de salida, desmiente los numerosos informes internacionales sobre las condiciones de los campos libios, denotando total ignorancia —o, aún peor, insensibilidad e indiferencia— hacia el trato que allí sufren los migrantes (*supra*, § 1, cita 6). En cuanto al *iter* lógico de la decisión, la Corte, a pesar de reconocer algunos vacíos en la sentencia del juez de las investigaciones preliminares en cuanto a los requisitos de la legítima defensa, no resuelve la cuestión de la existencia de un derecho propio o ajeno, no tomando posición sobre la relevancia jurídica del principio de *non refoulement*: a este respecto, donde los jueces de Palermo afirman que para un correcto análisis del requisito de la necesidad de defender el derecho propio o ajeno «habría que verificar si los articulados y doctrinarios argumentos presentados por el juez de primera instancia en apoyo de la

tesis de un derecho de inmediata tutela al albergue del migrante rescatado en el mar, sean o no correctos desde el punto de vista exegético», en realidad evitan el punto aduciendo «razones de economía procesal»<sup>24</sup> y pasando directamente a examinar el requisito de la no voluntaria causación de la situación de peligro. De esta manera, tanto la Corte de Apelación como el fiscal terminan por menospreciar el principio en cuestión, despreciando increíblemente la jurisprudencia y la doctrina internacionalista en materia.

Por último, el fiscal y la Corte también llegan a conclusiones similares en cuanto a la voluntaria causación de la fuente del peligro, determinada a juicio de los jueces de apelación por el acuerdo que los migrantes hicieron con las organizaciones responsables del transbordo. De modo concorde a lo que ya se ha argumentado, esta apreciación también debe ser rechazada. Afirmar que las acciones violentas y amenazadas realizadas en perjuicio del personal a bordo del remolcador habrían sido cometidas como el acto final de una conducta delictiva programada de antemano equivale a derribar cualquier diferencia entre perpetradores y víctimas, considerándolos partícipes de la misma asociación delictiva. Nuevamente, la errónea equiparación entre la aceptación de los riesgos conectados a un “viaje de la esperanza” (abusos perpetrados por los explotadores, ahogamientos, hambre, malas condiciones higiénicas, retrasos debidos a bloqueos navales, etc...) y el peligro de las consecuencias asociadas al regreso a Libia es evidente.

### 3.1. La causa de justificación de la legítima defensa y el requisito (implícito) de la no voluntaria causación de la situación de peligro

La confusión entre los peligros asociados al viaje y el de sufrir torturas o tratos y penas inhumanos o degradantes en el país de retorno hace necesario profundizar en la disciplina italiana de la legítima defensa<sup>25</sup>, centrándose luego en el requisito —ausente en el texto del

24 *Ibidem*.

25 En la imposibilidad de mencionar la exterminada producción científica en materia, cabe recordar en esta sede las contribuciones de BATTAGLINI, *Sulla legittima difesa*, en *Rivista italiana di diritto penale*, 1933, p. 338 ss.; PENSO, *La legittima difesa nel nuovo codice penale*, Mesina, 1936; PEVERATI, *Considerazioni sulla legittima difesa*, Turín, 1942; DE MARSICO, *Questioni in materia di legittima difesa*, en *Rivista penale*, 1949, I, p. 545 ss.; ALTAVILLA, *Difesa legittima*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Vol. V, 1960, p. 623 ss.; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milán, 1964; ID., *Legittima difesa (dir. pen.)*, en *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1974, Vol. XXIV, p. 27 ss.; NUVOLONE, *Questioni in tema di legittima difesa*, en *Indice Penale*, 1979, p. 135 ss.; BERTONI, *La difesa legittima*, en *Problemi generali di diritto penale*, editado por G. Vassalli, Milán, 1982, p. 327 ss.; PADOVANI, *Difesa legittima*, en *Digesto delle Discipline Penali*, Turín, 1989, III, p. 496 ss.; BOSCARRELLI, *Difesa legittima*, en *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1990; BROCCA, MINGRONE, *La legittima difesa*, Padua, 2003; DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana*, en *Diritto penale e processo*, 2006, p. 431 ss.; MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 432 ss.; PAGLIARO, *Difesa legittima*, en *Trattato di diritto penale*, dirigido por C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milán, 2007, II, p. 272 ss.; SARNO F., SARNO M., *L'evoluzione della legittima difesa*, Milán, 2008; PANEBIANCO, *La legittima difesa*, en *Trattato teorico-pratico di diritto penale. I. La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Turín, 2010, p. 362 ss.; PISANI, *La legittima difesa*, en *Commentario sistematico al codice penale. 2. Il reato*, Bononia, II, 2ª ed., 2011, p. 724 ss.; VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, en *Codice penale commentato*, editado por G. Marinucci, E. Dolcini, Milán, 4ª ed., 2015, I, p. 945 ss.; FIANDACA, LEINIERI, *Art. 52 c.p.*, en *Commentario breve al codice penale*,

art. 52 c.p. pero indiscutible en la jurisprudencia— de la no voluntaria causación de la situación de peligro.

Dada la necesidad de abordar solamente el primer apartado del art. 52 c.p. (siendo los siguientes reservados al tema de la legítima defensa “domiciliar”<sup>26</sup>, sin pertinencia en el caso que nos ocupa), la legítima defensa italiana, al igual que la española, expresa explícitamente numerosos requisitos comunes, entre ellos la referencia a la defensa de la integridad física o de los derechos propios o ajenos, el carácter “injusto” de la agresión sufrida<sup>27</sup> y la necesidad de la defensa; además, el art. 20. 4.º, requisito 3 del Código Penal español

hace referencia a una falta de provocación suficiente por parte del defensor, elemento que, aunque no se encuentra presente en la equivalente disposición italiana, es reconocido unánimemente por la doctrina y por la jurisprudencia como parte integrante de la eximente de que se trata<sup>28</sup>.

Estrictamente relacionado con el tema de la provocación está precisamente el requisito de la no voluntaria causación de la situación de peligro<sup>29</sup>: aunque sólo lo prevé el art. 54 c.p., relativo a la causa de justificación del estado de necesidad<sup>30</sup>, la jurisprudencia prevalente afirma su eficacia también en relación con la exi-

---

editado por G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, Padua, 2017, p. 226 ss.; PULITANÒ, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, en *Diritto penale contemporaneo*, 4/2017, p. 262 ss.; CADOPPI, BILLO, *Art. 52 c.p.*, en *Codice penale commentato*, editado por A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, Turin, 2018, p. 328 ss.; BEVERE, *La legittima difesa*, Turin, 2019; CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, en *Giurisprudenza Penale Web*, 5 de mayo de 2019; PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, en *Diritto penale contemporaneo*, 5/2019, p. 205 ss.; GALLO, *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, en *Archivio penale*, 2/2019; MACRÌ, *Effettività e limiti costituzionali della legittima difesa: dal far west al fair risk*, Turin, 2020; RONCO, *Legittima difesa*, en *Digesto delle Discipline Penalistiche. Aggiornamento XI*, 2021, p. 403 ss. Para un examen articulado de la legítima defensa en el caso de una revuelta estallada en un C.I.E. (*Centro de identificación y expulsión*, lugar de recogida de extranjeros sujetos a órdenes de expulsión o devolución con acompañamiento forzado hasta la frontera), véase GABOARDI, *Difesa legittima e C.I.E. La vulnerabilità giuridica di una detenzione ‘fuori legge’*, comentario a la sentencia del Tribunal de Crotone, 12 de diciembre de 2012, en *Diritto penale contemporaneo*, 10 ottobre 2013.

26 Los apartados segundo, tercero y cuarto, introducidos y modificados por la Ley 13 de febrero de 2006, n. 59 (*Modifica all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio*) y de la Ley 26 de abril de 2019, n. 36 (*Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*) establecen lo siguiente: «2. En los casos previstos en el artículo 614, apartados primero y segundo [= allanamiento de morada], la relación de proporción [= entre ofensa y defensa] a la que se refiere el apartado primero de este artículo siempre existe si alguien legítimamente presente en uno de los lugares allí señalados utiliza un arma legítimamente poseída u otro medio adecuado con el fin de defender: a) la propia incolumidad o la de los demás; b) los bienes propios o ajenos, cuando no haya desistimiento y exista peligro de agresión. 3. Las disposiciones a las que se refieren los apartados segundo y cuarto también se aplican si el hecho ocurrió dentro de cualquier otro lugar donde se ejerza una actividad comercial, profesional o empresarial. 4. En los casos a los que se refieren los apartados segundo y tercero, siempre se considera en estado de legítima defensa la persona que realice un acto para rechazar la intrusión cometida por parte de una o más personas con violencia o amenaza de uso de armas u otros medios de coacción física».

27 La locución “agresión ilegítima”, establecida en el art. 20. 4.º, requisito 1 del Código Penal español, es equivalente, exactamente como en Italia, al concepto de agresión antijurídica: así *ex multis* MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 10ª ed. actualizada y revisada, 2016, p. 449; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Valencia, 2019, p. 307.

28 Sobre el tema, véase ya SABATINI, *Provocazione e legittima difesa: requisiti comuni e differenziali*, en *Foro italiano*, 1936, II, p. 51 ss.; NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore*, en *Rivista italiana di diritto penale*, 1941, p. 503 ss.; más recientemente, ORLANDI, *La provocazione della scriminante. I limiti della giustificazione del reato in contesti illeciti*, en *Archivio penale*, 3/2021. Entre los manuales, despierta interés la reflexión de MANTOVANI, Padua, 2020, p. 276, que, además de distinguir entre una provocación “ya agotada” y una provocación “en curso”, trata los casos del duelo y de la riña. Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación, *ex multis* Cass. pen., Sec. I, 4 de mayo de 1992; Cass. pen., Sec. II, 10 de noviembre de 2000; Cass. pen., Sec. I, 7 de diciembre de 2007; Cass. pen., Sec. I, 9 de noviembre de 2011; Cass. pen., Sec. I, 27 de noviembre de 2012; Cass. pen., Sec. I, 10 de abril de 2013; Cass. pen., Sec. I, 21 de junio de 2018.

29 Además de la vasta bibliografía ya citada, se hace referencia específica a PETTOELLO MANTOVANI, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, en *Rivista penale*, 1955, II, p. 886 ss.; GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella difesa legittima*, en *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milán, 1965, II, p. 58 ss.

30 El art. 54 del Código Penal italiano reza así: «1. No es punible quien cometió el hecho porque se vio obligado por la necesidad de salvar a sí mismo o a otros del peligro actual de un daño grave a la persona, peligro que no provocó voluntariamente, ni evitable de otro modo, siempre que el hecho sea proporcional al peligro. 2. Esta disposición no se aplica a quien tenga un particular *deber jurídico* de exponerse al peligro. 3. Lo dispuesto en la primera parte de este artículo se aplica también si el estado de necesidad se produce por amenaza de otro; pero, en este caso, la persona que lo obligó a cometerlo es responsable del hecho cometido por la persona amenazada». Mientras que en el caso de la legítima defensa la reacción defensiva se dirige contra el agresor, en la hipótesis del estado de necesidad objeto de la reacción es una persona ajena.

mente de la legítima defensa, de ahí su inaplicabilidad por falta de necesidad de la defensa<sup>31</sup>.

Para afirmar la no voluntaria causación de la situación de peligro, el juez de las investigaciones preliminares de Trapani destacaba que la travesía por mar era «parte de un largo viaje emprendido para alejarse de lugares que eran peligrosos y ya no habitables para ellos»<sup>32</sup>, circunstancia confirmada, en el caso de uno de los dos imputados, por el informe elaborado por la *European Country of Origin Information Network* sobre el Sudán (país de origen del mismo)<sup>33</sup>. En el caso del otro acusado, procedente de Ghana (zona considerada no especialmente peligrosa), el juez *hacia referencia* al dictamen del UNHCR, que invita a reflexionar sobre la historia individual que llevó cada persona a emprender el camino migratorio.

El juez de primera instancia, después de haber descrito exhaustivamente los peligros que se pueden correr en Libia, se concentró por tanto en las páginas finales de su sentencia (las dedicadas a la causa de justificación) en las relativas a los países de repatriación definitiva, así destacando un doble peligro: el, hasta ahora tratado y decisivo a los efectos de la sentencia, de sufrir torturas y tratos o penas inhumanos o degradantes en los campos libios y el, experimentado tras la posterior expulsión de Libia, de regresar a los países de nacimiento desgarrados por los conflictos armados, la violencia y más en general de una condición de criminalidad difusa. El hecho de que Ghana, país de origen de uno de los dos acusados, no sea comparable en peligrosidad a Libia y Sudán es irrelevante, ya que, independientemente de la suerte que correrán los migrantes en ese país, lo que cuenta para el reconocimiento de la legítima defensa es la reacción ante el peligro de acabar en los puntos de reunión libios, peligro no provocado

voluntariamente y contextual (es decir, de unas pocas horas después) al cambio de rumbo del remolcador.

La Corte de Apelación de Palermo, en sentido diametralmente opuesto, observaba que «no cabe duda de que los migrantes y, en el caso que hoy nos ocupa, los imputados, se han puesto voluntariamente en peligro, ya sea por haber planificado una travesía en condiciones de extrema peligrosidad, y luego de haber pedido auxilio para ser rescatados por botes salvavidas, por lo que la intervención de salvamento no puede en modo alguno ser considerada, en la dinámica causal que caracterizó el evento, como un hecho impredecible [...]»<sup>34</sup>. El razonamiento expuesto por los jueces se muestra ante todo viciado por una generalización preocupante: la Corte, al mismo tiempo que reprocha al juez de las investigaciones preliminares por haber acudido a argumentos genéricos y puramente doctrinales, no aplicados al caso concreto, es ella misma víctima de consideraciones arbitrarias, dirigiendo indiscriminadamente sus motivaciones a todos «los migrantes, y, en el caso que hoy nos ocupa, los imputados». Como ya se señaló, es un hecho conocido que los riesgos asociados con viajar a Europa son particularmente altos y afectan a la mayoría de los inmigrantes de todas las nacionalidades; pero en este caso la Corte llega a decir que todo migrante, independientemente de su historial personal, en realidad estaría en connivencia con las asociaciones criminales responsables de la organización del viaje, vínculo que empaña la imagen de cada individuo a bordo e impide en todos los casos la aplicación de la eximente de que se trata.

Esta aclaración, si bien necesaria en aras de la verdad y del rigor en el examen de la conducta de cada acusado, es sin embargo inútil a efectos de la aplicación de la legítima defensa, dada la varias veces reafirmada

31 Entre los manuales, véase FIORE C., FIORE S. *Diritto Penale. Parte Generale*, Turín, 2016, p. 357; DE VERO, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, Turín, 2020, p. 515: «[...] quien se expone al peligro, no se “defiende” de él, sino que lo enfrenta, se mide con él»; GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milán, 3ª ed., 2020, p. 328; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 275; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 344.

En doctrina, GROSSO, *Legittima difesa (dir. pen.)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 34-35, aun reconociendo ya entonces la presencia de una orientación mayoritaria de la Casación en el sentido que acabamos de indicar, observa cómo, «dada la proximidad no sólo topográfica [= de los artículos 52 y 54 del Código penal italiano], si el legislador hubiera querido subordinar la legítima defensa a la producción involuntaria de peligro, habría expresado su intención al mencionar este requisito en el art. 52 c.p. Este silencio constituye, por tanto, una prueba difícilmente superable de la voluntad de no dar a dicho elemento relevancia alguna en la estructura de la legítima defensa».

Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación, *ex multis* Cass. pen., Sec. I, 9 de febrero de 1979, en *Rivista penale*, 1979, pp. 748-749: «La legítima defensa no puede ser invocada por quien prevé y libremente acepta y afronta la situación de peligro, que luego de hecho evoluciona dentro de los límites del riesgo previsto y aceptado, porque, en este caso, falta el requisito esencial de la necesidad de la defensa»; Cass. pen., Sec. III, 28 de marzo de 1985, en *Cassazione penale*, 1986, I, p. 735; Cass. pen., Sec. I, 7 de mayo de 1985, en *Cassazione penale*, 1987, I, p. 75; Cass. pen., Sec. I, 18 de enero de 1990, en *Cassazione penale*, 1991, I, p. 410; Cass. pen., Sec. II, 2 de abril de 2001, en *Cassazione penale*, 2002, I, p. 590; Cass. pen., Sec. V, 19 de febrero de 2015; Cass. pen., Sec. I, 18 de diciembre de 2017; Cass. pen., Sec. V, 4 de octubre de 2019, n. 47589; Cass. pen., Sec. V, 8 de octubre de 2020.

32 Juez de las investigaciones preliminares de Trapani, 3 de junio de 2019, cit., p. 66.

33 El documento, citado en la sentencia del juez de Trapani (pp. 66-67), puede consultarse en la página web: <https://www.ecoi.net/en/document/2004196.html>.

34 Corte de Apelación de Palermo, Sección IV penal, 24 de junio de 2020, cit., p. 6.

confusión entre los peligros a los que el migrante se enfrenta durante el tránsito por el mar Mediterráneo y los relacionados con los tratos brutales perpetrados en los campos libios. En relación con las acusaciones formuladas contra los imputados, lo que importa no es el peligro de naufragio (que, por otra parte, había dejado de ser “actual” —según lo exigido por el art. 52 c.p.— una vez hecho el rescate), sino el diferente peligro de devolución hacia Libia, con respecto al cual los migrantes han mantenido las conductas agresivas objeto de controversia. Como se ha señalado correctamente, «se trata de dos peligros objetivamente y jurídicamente distintos, que en cambio la sentencia comentada trata de manera confusa y unitaria. Tras una primera fase de socorro, necesaria en razón del peligro de naufragio en que se encontraban los migrantes, éstos tienen derecho a no ser devueltos a un país donde estén expuestos al peligro de torturas y tratos inhumanos o degradantes. El capitán del *Vos Thalassa*, que, siguiendo las indicaciones de la Guardia Costera libia, pretendía traer de vuelta a Libia a los migrantes rescatados, estaba violando su derecho al *non refoulement* [...]. Es, por tanto, respecto de este “peligro de ofensa injusta” que debe apreciarse la existencia de los elementos de la legítima defensa, y respecto de este peligro no cabe duda alguna sobre la existencia del requisito de la no voluntaria causación, dado que de ninguna manera los migrantes han contribuido a crear el peligro de su devolución»<sup>35</sup>.

#### 4. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE CASACIÓN

Mediante sentencia de 26 de abril de 2022, la Sección VI penal de la Corte Suprema de Casación anulaba la decisión de la Corte de Apelación de Palermo, acogiendo los recursos de los dos acusados<sup>36</sup>.

En primer lugar, los jueces de Roma recordaban cómo, de acuerdo con la jurisprudencia constante de las Secciones Unidas de la Casación, la Corte de Apelación que pretenda reformar una sentencia absolutoria está obligada a adoptar una “motivación reforzada”: a este respecto, mientras que en el caso de confirmación

de la sentencia de primera instancia «la motivación de la decisión de apelación se une a la anterior hasta formar —casi siempre— un único complejo argumentativo», en el caso de reforma los jueces de apelación deben «dar una explicación racionalmente diferente con respecto a la razón justificativa de una sentencia, deben indicar “de manera reforzada” por qué creen que tienen que contradecirla y aclarar las razones por las cuales una determinada prueba adquiera un valor demostrativo completamente diferente en comparación con lo estimado por el juez de primera instancia». En otras palabras, el juez de segunda instancia está llamado a elaborar un razonamiento que tenga una «fuerza persuasiva superior», a «construir un sistema argumentativo más robusto, más sólido y más razonado» que el que fundó la decisión de primera instancia<sup>37</sup>. Con más detalle, la obligación de motivar de manera reforzada asume un contenido argumentativo diferente según que el juez de apelación, al reformar la sentencia de primera instancia, condene o absuelva: mientras que en el caso de una absolución que reforme una anterior sentencia de condena es suficiente argumentar positivamente, es decir, representar la existencia de una duda razonable tal que impida la condena misma, en la hipótesis de una condena subsiguiente a una absolución es necesario disipar la duda con un razonamiento particularmente articulado que demuestre su inexistencia<sup>38</sup>.

Teniendo en cuenta todo esto y la rica y articulada reconstrucción realizada por el juez de las investigaciones preliminares de Trapani con respecto al estatuto jurídico de los principios fundamentales propios del derecho internacional del mar, la Casación procedía a evaluar si la Corte de Apelación de Palermo había cumplido con la citada obligación de motivación.

Pues bien, «de la sentencia impugnada se desprende que la Corte de Apelación no abordó ni resolvió sustancialmente ninguna de las cuestiones y de los puntos que le fueron referidos, sobre los cuales el Juez de primera instancia, el Fiscal y las partes se habían ocupado mucho tiempo, habiéndose limitada a mostrar dudas y perplejidades —en realidad no explicitadas— tanto so-

35 MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa*, cit.

36 Corte Suprema de Casación, Sección VI penal, 26 de abril de 2022, comentada por PARISI, *Sul caso Vos Thalassa. La Cassazione afferma la configurabilità della legittima difesa per i migranti soccorsi in mare che si oppongono con violenza allo sbarco in Libia*, en *Foro it.*, 9/2022, II, c. 504 ss.; MASERA, *La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia*, en *Sistema Penale*, 28 de julio de 2022.

37 Pp. 7-8 de la sentencia citada. Véase *ex multis* Cass. pen., Secciones Unidas, 30 de octubre de 2003; Cass. pen., Secciones Unidas, 12 de julio de 2005; Cass. pen., Secciones Unidas, 21 de diciembre de 2017. Entre los pasajes más incisivos de la sentencia en cuestión, véase también p. 9: «Al reformar una sentencia es necesario demostrar haber examinado todos los elementos adquiridos, haber estudiado la motivación de la sentencia de primera instancia, haber hecho, sobre la base del material transmitido, una estrecha comparación argumentativa con ella con el fin de resaltar los puntos críticos [...] para luego proceder a formar una nueva motivación que no se limite a insertar meras anotaciones críticas de disidencia en la argumentación del primer juez [...]».

38 *Ibidem*, p. 10.

bre la reconstrucción jurídica propuesta por el Tribunal, como sobre la presentada por el Fiscal recurrente»<sup>39</sup>.

En cuanto a la no configurabilidad de la causa de justificación, verdadero punto nodal de la sentencia de los jueces de Palermo, la Casación llegaba a afirmar que «el de la Corte de Apelación es un razonamiento objetivamente viciado, que viola la obligación de motivación reforzada por más órdenes de razones y que no aplica correctamente la ley penal»<sup>40</sup>. En primer lugar, había que excluir que los acusados fueran los responsables de la embarcación o hubieran actuado en connivencia con los traficantes, como fácilmente deducible de los actos procesales y por el hecho que ni siquiera el fiscal recurrente había controvertido esta circunstancia<sup>41</sup>; en segunda instancia, la Casación consideraba incorrecta la identificación de la situación de peligro respecto de la cual evaluar la existencia de legítima defensa. Como ya se ha informado ampliamente en los dos epígrafes anteriores, el error consiste en la superposición indebida entre el peligro de naufragio y el peligro derivado de ser rechazado a un lugar inseguro, con el consiguiente riesgo para las personas implicadas de sufrir tratos inhumanos: de hecho, aun queriendo atribuir el peligro de naufragio a los migrantes, la Corte de Apelación no explicó cómo el peligro de devolución a Libia se podía relacionar con el primero, es decir, qué conexión podía haber entre el peligro de morir en el mar y el de siendo sometido a maltratos en los campos libios. En estos términos, con un razonamiento viciado de hecho y de derecho, los jueces de Palermo habían llegado a afirmar una «condición general de contaminación, de serial causación del peligro —siempre atribuible a los imputados— estructurada por derivación automática de una situación de peligro —la de naufragio— en realidad ya cesada [...]». Una reconstrucción desordenada de los hechos y [basada] en la superposición de situa-

ciones diferentes, que la Corte en cambio examinó y evaluó de manera unificada»<sup>42</sup>.

Por lo tanto, la Corte de Apelación se hizo responsable de una generalización inaceptable, con la que se abstuvo de examinar los requisitos esenciales de la legítima defensa. En este punto, la deficiencia más significativa estuvo representada por la falta de toma de posición sobre la existencia del derecho de *non refoulement*, que el juez de las investigaciones preliminares de Trapani en cambio había reconstruido a través de una reseña doctrinal y jurisprudencial plenamente compartida por la Casación<sup>43</sup>. Además de no abordar el tema, la Corte de Apelación no se había preocupada en verificar si, en el momento de los hechos controvertidos (julio de 2018), Libia debía ser considerada un lugar seguro o no, es decir, si la situación política y humanitaria del país había cambiada o permanecida idéntica respecto del marco de grave vulneración de los derechos fundamentales descrito por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comprobación oportunamente hecha por el juez de Trapani tanto solicitando informaciones al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, cuanto analizando en detalle el contenido del memorándum Italia-Libia): este examen habría confirmado la posición adoptada por el juez de primera instancia, según la cual Libia seguía siendo un lugar inseguro al que se podía llevar a cabo la devolución de migrantes.

Confirmando así la existencia de una situación de peligro real y actual de una ofensa injusta como justificación de la reacción de los acusados, respecto de la cual no era posible ninguna conducta alternativa<sup>44</sup>, la Casación reconocía la operatividad de la eximente disciplinada por el art. 52 c.p., anulando sin reenvío<sup>45</sup> la sentencia de la Corte de Apelación de Palermo.

39 *Ibidem*, p. 13. Más adelante, la Corte Suprema remarcaba que «no está nada claro en base a qué elementos y en qué circunstancias se consideró probado el supuesto que dio lugar a la reforma de la sentencia absolutoria» (p. 14); y aún más: «[...] lo que no fue tratado ni explicado por la Corte es por qué las personas, que no habían coludido con los traficantes y con las organizaciones criminales y que hasta aquel momento [= lo del cambio de rumbo] no habían mostrado ningún comportamiento de oposición, no podían reclamar sus derechos fundamentales, pero tenían que permanecer “inmóviles”, inertes, y aceptar regresar a Libia con el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos» (p. 24).

40 *Ibidem*, p. 14.

41 *Ibidem*, donde, a este respecto, se habla de «un tema probatorio no devuelto [= al examen de la Corte de Apelación] y, sin embargo, reescrito de oficio por la Corte misma». La exclusión de cualquier connivencia con los traficantes, junto con el reconocimiento de la legítima defensa, llevaba la Casación a excluir además la configurabilidad del delito de ayuda a la inmigración clandestina (p. 25).

42 *Ibidem*, p. 16.

43 *Ibidem*, pp. 17-20, donde la Casación, lapidariamente, concluye observando cómo «no parece cuestionable que [= el principio de *non refoulement*] constituya una prohibición “interna” a una norma de derecho internacional consuetudinario a la que se reconoce carácter absoluto».

44 La Casación observa a este respecto cómo la motivación dedicada por la Corte de Apelación a este perfil específico manifestaba incluso connotaciones de parcialidad, ya que los jueces de Palermo reservaron mucho espacio para las declaraciones de los funcionarios públicos a bordo del remolcador y sólo unas pocas líneas para las de otras personas distintas de los acusados (*ibidem*, p. 24).

45 Según el art. 620 del Código Procesal Penal italiano, la Casación pronuncia sentencia de anulación sin reenvío (a la Corte de Apelación) en una serie de casos en los que la definición del juicio penal es posible sin la necesidad de una nueva sentencia sobre el fondo

### 5. CONSIDERACIONES FINALES. EL RECURSO PENDIENTE ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA COMUNICACIÓN A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE LOS CRÍMENES LIBIOS

Si bien los magistrados de Palermo acusaron al juez de primer grado de academicismo, hasta el punto de considerar “criminógena” la aplicación de la legítima defensa en el caso examinado, es la sentencia de la Corte de Apelación la que merece las más duras críticas.

La *pars destruens* de este fallo no va acompañada de una *pars construens*, como claramente lo ponen de manifiesto las críticas explicitadas por la Casación: la decisión del juez de las investigaciones preliminares es larga, sólida, respaldada por una rica documentación con referencia específica a la situación actual de Libia, a sus campos de recolección (conocidos por la doctrina, por la prensa y por el periodismo de investigación italiano más autorizado como verdaderos “campos de concentración”<sup>46</sup>) y a los países de origen de los acusados, mientras que la de apelación se concentra íntegramente en tildar de ideológica la decisión del juez de primera instancia, sin que se presenten argumentos, documentos o informes que puedan subvertirla. Los jueces de Palermo, menospreciando un principio unánimemente reconocido como el de *non refoulement*, inventando una connivencia infundada entre migrantes y traficantes y confundiendo los dos diferentes peligros examinados repetidamente, llegan a una conclusión que parece haber madurado en sus mentes mucho antes de la redacción de la motivación: evitar precedentes jurisprudenciales que puedan dar lugar a una aplicación indiscriminada de la eximente de la legítima defensa, legitimando así cualquier reacción violenta y amena-

zante perpetrada por cualquier individuo recuperado de embarcaciones italianas. Prueba de ello es una afirmación destinada a disminuir la reconstrucción profunda y puntual del juez de primera instancia: «[...] siguiendo el planteamiento del juez de las investigaciones preliminares, cualquiera podría salir de la costa libia con una barcaza y ser transbordado a bordo de una unidad italiana, seguro de poder amenazar impunemente a la tripulación de la nave»<sup>47</sup>. Mientras que el juez de Trapani, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia predominantes, reconoce el valor del principio de *non refoulement* y al mismo tiempo la inconsistencia jurídica del memorándum Italia-Libia, la Corte de Apelación incluso llega a argumentar que muchos de los temas abordados deberían dejarse a la «política de la confrontación interestatal», ya que «un juez de primera instancia [no puede] crear atajos, también peligrosos, considerando en principio justificadas conductas dotadas de un gran desvalor penal»<sup>48</sup>. Si es cierto que en la gestión de la inmigración sólo puede ser el decisor político quien asuma el papel de actor principal, el predominio de un principio de *ius cogens* sobre cualquier otro acuerdo político de signo contrario atestigua la existencia de límites obligatorios para frenar todas las otras opciones posibles, incluso cuando cuentan con el apoyo de un amplio consenso popular<sup>49</sup>. En este contexto, el juez, auxiliado por los numerosos informes y documentos que han fotografiado unánimemente la desastrosa situación libia, tiene el deber de situar la protección de los derechos fundamentales de la persona en la cúspide de su actividad interpretativa, afirmando la nulidad del memorándum citado a pesar de su función de aliviar a Italia de la gestión del flujo migratorio de Libia en su propio suelo.

del asunto, siendo suficiente el juicio de legitimidad operado por la Casación misma para proteger eficazmente los intereses del recurrente.

46 En materia, véase CADIN, *L'insostenibile solitudine dell'Italia davanti ai flussi incontrollati di migranti ridotti in Libia in stato di schiavitù*, en *Federalismi.it*, 13/2017, 28 de junio de 2017; VEGLIO, *L'attualità del male. La Libia dei Lager è verità processuale*, Turín, 2018; BATTARINO, *I campi di raccolta libici: un'istituzione concentrazionaria*, en *Questione Giustizia*, 2/2018; VIVIANO, ZINITI, *Non lasciamoli soli. Storie e testimonianze dall'inferno della Libia. Quello che l'Italia e l'Europa non vogliono ammettere*, Milán, 2018; LAMBRUSCHI, *Migranti. Le voci disperate dai lager libici. Violenze di ogni tipo e ricatti*, en *Avvenire.it*, 29 de agosto de 2020; FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Turín, 2021, p. 8 ss.; D'ALESSANDRO, *"Ogni giorno contavamo i morti". I racconti di cinque eritrei fuggiti dai lager libici*, en *AGI*, 8 de enero de 2022; L'Onu accusa l'Ue: tace sul "paesaggio infernale" dei lager libici per i migranti rimpatriati, en *Europa Today*, 27 de mayo de 2022; MERLI, *Dai lager libici all'Italia, parla il leader dei rifugiati di Tripoli*, en *Il Manifesto*, 24 de junio de 2022. En España, GARCÍA MARTÍNEZ, *El diálogo intercultural*, Murcia, 2009, p. 131; WINTOUR, *Los refugiados atrapados en Libia viven peor que en campos de concentración*, en *El Diario*, 30 de enero de 2017; RODRÍGUEZ-ALARCÓN, *Nuestros campos de exterminio. Con nuestros impuestos se pagan campos en Libia donde se veja y se mata*, en *El País*, 1 de agosto de 2017; NEGRETE, *Los campos de detención libios son "como campos de concentración"*, en *El Salto*, 18 de mayo de 2018; REQUENA, *El abismo libio: migrantes y refugiados atrapados en el caos a las puertas de unas elecciones*, en *RTVE.es*, 14 de diciembre de 2021; *Campamentos de la vergüenza - El acuerdo europeo con Libia*, en *DW*, 27 de mayo de 2022.

47 Corte de Apelación de Palermo, Sección IV penal, 24 de junio de 2020, cit., pp. 8-9.

48 *Ibidem*, p. 8.

49 Así concordemente PARISI, cit., quien critica abiertamente al legislador italiano por la opción «de delegar la gestión de la inmigración a un país que viola sistemáticamente los derechos más elementales de los migrantes».



Como otra demostración del fuerte condicionamiento político al que están sujetos el tema y el procedimiento examinados y a pesar de la sentencia definitiva de la Casación (que ha evitado un juicio ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del art. 3 C.E.D.H.), el caso *Vos Thalassa* será sin embargo objeto de examen por el TEDH en base a un recurso interpuesto en enero de 2019 (y comunicado al Gobierno italiano en diciembre de 2021)<sup>50</sup>. Objeto del recurso son unas declaraciones de los entonces ministros Matteo Salvini (ministro del Interior) y Danilo Toninelli (ministro de Transportes e Infraestructuras), quienes, en un momento en que ni siquiera se había abierto un procedimiento penal contra los responsables del motín del remolcador, se habían expresado en términos inequívocos sobre su culpabilidad<sup>51</sup>: en consecuencia, según los recurrentes, tales declaraciones habrían supuesto una violación del principio de presunción de inocencia conforme al art. 6, § 2 C.E.D.H.

Por último, en espera de progresos en el Tribunal de Estrasburgo, es importante señalar que el 23 de noviembre de 2021 las organizaciones no gubernamentales *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR), *International Federation for Human Rights* (FIDH) y *Lawyers for Justice in Libya* (LFJL) enviaron una comunicación a la Corte Penal Internacional<sup>52</sup>, seguida de un informe conjunto (titulado: “NO WAY OUT: Migrants and Refugees Trapped in Libya Face Crimes Against Humanity”<sup>53</sup>), sobre los graves

delitos cometidos contra los migrantes y los refugiados en Libia, solicitando el fiscal de la Corte a iniciar investigaciones contra los responsables de las conductas alegadas. Más detalladamente, la comunicación destaca el supuesto carácter internacional de los crímenes cometidos en Libia contra los mismos al menos desde 2011, calificando las conductas de detención arbitraria, tortura, asesinato, persecución, violencia sexual y esclavitud cometidos por al menos diecinueve responsables —pertenecientes a las más altas jerarquías militares y políticas del país africano— como crímenes contra la humanidad previstos por el art. 7 del Estatuto de Roma. De hecho, miles de migrantes y refugiados que cruzan Libia se ven sometidos a una espiral de abusos y violencias que, lejos de constituir episodios aislados, tienen un carácter “extenso” (dado el elevado número de personas involucradas, así como su pertenencia a diversos grupos étnicos, nacionales y religiosos) y “sistemático” (detectada una verdadera política de explotación económica en perjuicio de sujetos detenidos ilegalmente en centros de detención libios), de donde se deriva la existencia del elemento de contexto exigido por el citado art. 7 por la existencia de crímenes contra la humanidad<sup>54</sup>.

Hasta la fecha, las investigaciones de la Corte Penal Internacional sobre la situación libia han dado lugar a la apertura de tres causas por crímenes contra la humanidad (asesinato, detención arbitraria, tortura, persecución y otros actos inhumanos) y crímenes de

50 El recurso (n. 3925/19) es citado por MASERA, *La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia*, cit.

51 En particular, el recurso destaca una declaración del ministro del Interior, quien declaró que no habría autorizado el desembarco hasta que hubiera tenido la garantía de que «los delincuentes, que no son refugiados, no irán al hotel sino a prisión, antes ser enviados de regreso a su país». Sobre la base de la jurisprudencia constante de TEDH (*Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995, recurso n. 15175/89; *Y.B. y otros c. Turquía*, 28 de octubre de 2004, recurso n. 48173/99), MASERA, *últ. cit.*, considera el recurso fundado en argumentos muy sólidos; a esto se suma, en el caso que nos ocupa, no sólo los tonos particularmente triviales con los que se había expresado el ministro del Interior antes de que los inmigrantes pudieran desembarcar en Italia («Quiero verlos esposados, deben ir a la cárcel»), pero también y sobre todo el papel que desempeña el ministro mismo, representando la figura cimera de la que dependen jerárquicamente las fuerzas policiales italianas.

52 El art. 15 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional permite indicar al fiscal de la Corte informaciones relacionadas con posibles crímenes internacionales. La comunicación de las tres organizaciones reporta los testimonios de las víctimas, los datos recogidos por la sociedad civil y por los organismos internacionales (en particular, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Libia y la Misión Independiente para la verificación de los hechos en Libia), así como las conclusiones a las que arribaron las referidas decisiones de la jurisprudencia interna y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobre todo, la ya mencionada sentencia dictada en el caso de *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*).

Sobre el tema, véase CRIPPA, *Giustizia penale internazionale e crimini commessi nei confronti di migranti e rifugiati in Libia: una comunicazione ex art. 15 Statuto di Roma sollecita il Procuratore all'apertura di indagini per crimini contro l'umanità e crimini di guerra di fronte alla Corte penale internazionale*, en *Sistema Penale*, 23 de diciembre de 2021. Para un resumen sobre la trata de seres humanos que se ha extendido en Libia en las últimas décadas, véase las declaraciones realizadas por el entonces fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, con ocasión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 8 de mayo de 2017, publicadas en la dirección: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-uns-c-situation-libya>.

53 El documento se encuentra disponible en la siguiente dirección: [https://www.ecchr.eu/fileadmin/Publikationen/NO\\_WAY\\_OUT\\_Migrants\\_and\\_refugees\\_trapped\\_in\\_Libya\\_face\\_crimes\\_against\\_humanity\\_EN.pdf](https://www.ecchr.eu/fileadmin/Publikationen/NO_WAY_OUT_Migrants_and_refugees_trapped_in_Libya_face_crimes_against_humanity_EN.pdf).

54 Además, dado que las conductas en cuestión se llevan a cabo en el contexto de un conflicto armado no internacional, la comunicación también destaca la posible comisión de crímenes de guerra de conformidad con el art. 8 del Estatuto.

guerra (asesinato, tortura, tratos crueles y ultraje a la dignidad personal)<sup>55</sup>; sin embargo, su éxito resultó ser particularmente limitado, con tres de las cinco órdenes de detención no ejecutadas y un caso declarado inadmisibles bajo el principio de complementariedad de conformidad con el art. 17, § 1, a) del Estatuto (en virtud de lo cual la Corte declara la inadmisibilidad del caso si «sobre el mismo están en curso investigaciones o procedimientos penales practicados por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que dicho Estado no tenga la intención de iniciar las investigaciones o no tenga la capacidad para llevarlas a cabo correctamente o para ejercitar la acción penal»). En estos términos, los crímenes internacionales cometidos en Libia continúan caracterizándose por una persistente impunidad, debido en particular a la ausencia de procesos internos, a la celebración de juicios “de pega” o el establecimiento

de procedimientos internos que, contruidos en torno a episodios cometidos por particulares de bajo rango se muestran carentes de los medios para sancionar fenómenos graves y generalizados como los que constituyen crímenes internacionales. Por lo tanto, la Corte Penal Internacional representa la sede jurisdiccional más adecuada para hacer frente a la complejidad de un sistema criminal dirigido a la explotación de migrantes y refugiados. De hecho, a diferencia de los tribunales nacionales, solo la Corte parece capaz de comprender plenamente la gravedad de los crímenes internacionales, de realizar investigaciones a gran escala, de excluir las demandas de inmunidad de conformidad con el art. 27 del Estatuto, así como de superar los obstáculos de carácter político que pudieran excluir la responsabilidad de los más altos mandos.

---

55 Todas las informaciones se encuentran disponibles en la siguiente dirección: <https://www.icc-cpi.int/libya>.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [jcferreolive@gmail.com](mailto:jcferreolive@gmail.com)
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



# Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para  
**mejorar el día a día**  
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo  
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

[prime.tirant.com/es/](https://prime.tirant.com/es/)