



Fecha: 29/01/2008
Nº General Fiscalía: 00757/2007

Juzgado Central de Instrucción número 5
DP 399/ 2006

AL JUZGADO

El Fiscal, en el trámite conferido, DICE:

PRIMERO: Se presentan en el juzgado diversas denuncias relativas a las desapariciones , sacas , posible asesinatos, detenciones ilegales, torturas y exilios forzosos producidas durante la guerra civil española (1936-1939) en el ámbito territorial dominado por el bando nacional como parte de una generalizada política represiva encaminada a eliminar cualquier obstáculo en la implantación del nuevo estado debida a la pervivencia de personas con ideología política opuesta y a suprimir cualquier resistencia eliminando físicamente a una parte de la población, exclusivamente, por motivo de sus ideas políticas o, alternativamente, provocando su exilio forzado por miedo a la represalia.

SEGUNDO. Dichas denuncias de los hechos, tal cual formuladas, incluyen la calificación jurídica de delito de lesa humanidad del artículo 607 bis) 1., 1º y 2º y 2., 1º (con causación de muerte y aplicación de la circunstancia prevista en el artículo 139 de alevosía), 7º (detención ilegal) y 8º (tortura) del Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) (en la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre [RCL 2003\2744 y RCL 2004, 695, 903] que entró en vigor el 1 de octubre de 2004).

La definición del delito de lesa humanidad en nuestro Código Penal viene establecida sobre la base de la comisión de un hecho concreto: homicidio; lesiones; detenciones ilegales, etc. (delito subyacente), dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, considerando que, en todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; 2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

TERCERO: La calificación del delito de genocidio o lesa humanidad tiene la consecuencia señalada en el apartado 4 del art.131 CP, a saber, la imprescriptibilidad de los hechos. Sin embargo, el problema, ya planteado en el llamado *Caso Scilingo*, resulta ser el de la aplicación retroactiva de una norma penal que contempla tal conducta a hechos que, si bien *todos ellos* estaban contemplados- de una u otra forma- como delitos comunes en el Código Penal de la época, el de la Segunda República, aprobado en el año 1932, no se contenía esta concreta tipificación, sino la ordinaria de asesinato, detención ilegal, violación, lesiones, etc, sin la especial cualificación derivada de la finalidad de acabar con un grupo político o de asegurar el predominio frente a un sector de la población que se considera sospechoso por sus ideas políticas, utilizando todos los medios para ellos, incluso los más violentos. Pues bien, el Tribunal Supremo, en la STS de 1 de octubre de 2007, sobre el *Caso Scilingo*, se decanta por la solución negativa, a saber, la imposibilidad de aplicar retroactivamente la normativa.

Así, afirma que : “. La cuestión que plantea el recurrente exige determinar si la aplicación del artículo 607 bis a los hechos vulneró el principio de legalidad. Este principio, tal como viene formulado en el artículo 25.1 CE en cuanto al ámbito penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento. Incorpora en primer lugar “una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una «reserva absoluta» de

Ley en el ámbito penal” (STC 283/2006), lo cual implica el carácter escrito de la norma dado nuestro sistema de fuentes para el Derecho Penal (*lex scripta*). De forma que las conductas constitutivas de delito deben aparecer contempladas en una norma escrita con rango de ley, que además les asocie una pena. Pero no solo esto. En segundo lugar, en términos de la sentencia que se acaba de citar, este principio incorpora otra garantía de carácter material y absoluto, consistente en la “imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, F. 4; 218/2005, de 12 de septiembre, F. 2; 297/2005, de 21 de noviembre, F. 6)”. Consiguientemente, el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (*lex scripta*), anterior a los hechos (*lex previa*), que las describa con la necesaria claridad y precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*). En definitiva, exige *lex previa, stricta, scripta y certa*.

De esta forma, el ejercicio del ius puniendi del Estado queda limitado a aquellos casos en los que haya mediado una advertencia previa a través de una ley, de modo que el agente pueda ajustar su conducta de manera adecuada a las previsiones de aquella. Previsibilidad que depende, en realidad, de las condiciones objetivas de la norma, y no tanto de la capacidad individual de previsión del sujeto.

De todo ello se desprende que el principio contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable.

El Código Penal vigente, por su parte, establece el principio de legalidad de los delitos en el artículo 1.1; de las penas en el artículo 2.1; reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo, incluso durante el tiempo de cumplimiento de la condena en el artículo 2.2; y prohíbe la analogía en el artículo 4.1.

El artículo 607 bis del Código Penal entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, en fecha muy posterior a los hechos enjuiciados. Por lo tanto, solo sería posible su aplicación en el caso de que pudiera establecerse que se trata de una norma más favorable, lo cual exige la determinación de la norma vigente al tiempo de los hechos. En el Código español no existía en aquel momento ninguna norma que estableciera una sanción para hechos descritos de la misma forma en

que aparecen en el referido artículo 607 bis.”

Sigue diciendo la sentencia citada que: “ Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución”. Asimismo entiende que: “ Las referencias a estas conductas en el Derecho Internacional Penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de derecho interno”.

Sostiene además que: “ **Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones”.**

Y acaba concluyendo que: “ **De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles”** y que “ **La vigencia del principio de legalidad, tal como antes fue expuesto, impide, pues, la aplicación directa del derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable.”**

CUARTO: Amnistía. La doctrina jurídica sentada por el Tribunal Supremo en el único caso que ha llegado a dicha Sala por aplicación de los delitos de genocidio y/o lesa humanidad, considerando que únicamente pueden considerarse los delitos comunes cometidos, permite la posibilidad de aplicar al caso la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. En este sentido, al quedarnos sólo en presencia de delitos comunes, les son aplicables en toda su amplitud los artículos 1 y 2 de dicha norma, lo que produjo, ya entonces, la extinción de la responsabilidad criminal. Dicha consecuencia, igualmente, se habría producido ya hoy para los hipotéticos responsables, con toda seguridad, en virtud de lo dispuesto en el art. 131.1 CP.

QUINTO: A mayor abundamiento, debe resaltarse que la competencia en el presente caso no corresponde a la Audiencia Nacional, atendiendo a las reglas ordinarias que regulan la distribución de asuntos en el orden jurisdiccional penal. Efectivamente, los crímenes contra la humanidad serán perseguibles cuando se hayan cometido en territorio español, obviamente (art.23.1 LOPJ), pero por el órgano de la jurisdicción que corresponda de acuerdo con los artículos 82.1.1, 87 LOPJ y 14 y siguientes de la Lecrim, que atribuyen la competencia para enjuiciar y para instruir, respectivamente, a las Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción de todas las causas por delito, salvo aquellas que de forma excepcional se atribuyan a otros órganos judiciales. En este sentido, ni en el art.65 LOPJ ni en las normas de competencia complementarias (significadamente, la Ley 4/88), contemplan como competencia propia de la Audiencia Nacional, la lesa humanidad. Tampoco los delitos comunes manejados, de por sí, son competencia de este órgano judicial, sino de los juzgados del lugar donde se halan cometido los hechos. Muy especialmente, no cabe hablar de un delito de terrorismo, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de marzo de 1992 (Caso Gal), en el que, precisamente, se trató de una serie de actos de violencia y crímenes cometidos por agentes estatales bajo una inspiración directa de aparatos del estados encargados de la seguridad. Pues bien, siguiendo este criterio, la violencia y represión ejercida desde las entrañas mismas de un aparato estatal, siquiera en

formación, imposibilita la calificación técnica de terrorismo.

Cuando la Audiencia Nacional ha conocido de los delitos de genocidio o tortura lo ha sido en casos en que los delitos han ocurrido fuera de nuestro territorio, bien por ciudadanos españoles, bien por el principio de persecución universal, ex artículos 23.2, 23.4 y 65.1.e) de la LOPJ.

En consecuencia, no procede admitir a trámite las denuncias presentadas, ex art.313 Lecrim, al no ser competente el Juzgado Central de Instrucción, debiendo procederse al archivo.

Madrid, a 29 de enero de 2008.

FDO. Carlos Miguel Bautista Samaniego.