

AUTO AN (Sala de lo penal sección 3ª) de 4 de noviembre de 1998, ARGENTINA

Jurisdicción: Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Cezón González

COMPETENCIA: de la jurisdicción española para conocer de los delitos de genocidio y terrorismo cometidos en el extranjero: aplicabilidad actual del art. 23.4 de la LOPJ a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia: principio de persecución universal; delitos de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura en Argentina: carecen de virtualidad para excluir a la jurisdicción española las Leyes argentinas de punto final y de obediencia debida.

GENOCIDIO: Concepto y supuestos que comprende: represión durante la dictadura argentina con el fin de destruir a un grupo diferenciado nacional.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en el sumario seguido por genocidio y terrorismo dictó Auto por el que disponía desestimar la petición del Ministerio Fiscal a la que se adhirió Adolfo Francisco S. , mantener la competencia de la jurisdicción española en el marco de la instrucción a que se contrae este procedimiento, ratificar todos los autos de imputación y prisión dictados, y mantener vigentes las ordenes de detención internacionales libradas.

Contra dicho Auto el Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma al que se adhirió Adolfo Francisco S. , que fue desestimado. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional **desestima** los recursos y confirma la atribución de la jurisdicción española para el conocimiento de los hechos objeto del proceso.

En Madrid, a cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por el Juzgado Central de Instrucción Número Cinco se dictó en el Sumario 19/1997, seguido por genocidio y terrorismo, Auto de fecha 25 marzo 1998, con parte dispositiva del tenor siguiente:

DISPONGO:

«1.º Desestimar la petición del Ministerio Fiscal formulada en escrito de 20 de enero de 1998 y a la que se ha adherido la defensa del señor S.

2.º Mantener la competencia de la jurisdicción española en el marco de la instrucción a que se contrae este procedimiento, y por tanto, la de este Juzgado Central de Instrucción, según lo expuesto en esta resolución.

3.º Ratificar todos y cada uno de los autos de imputación y prisión dictados.

4.º Mantener vigentes las órdenes de detención internacionales libradas.

5.º Continuar la tramitación de la causa, que quedará sobre la mesa para decidir sobre los procesamientos solicitados».

Contra dicho auto interpuso recurso de reforma el Ministerio Fiscal y de reforma y subsidiario de apelación el Procurador señor De Juanas Blanco, en representación del imputado Adolfo Francisco S.

El Juzgado desestimó los recursos de reforma y tuvo por interpuesto en un solo efecto el de apelación, formulado por la representación procesal del imputado S., por Auto de 11 mayo 1998.

El Ministerio Fiscal recurrió esta última resolución en apelación, que fue admitida por el Juzgado el 5 de junio de 1998, en un solo efecto.

SEGUNDO.-Por el mismo Juzgado Central de Instrucción Número Cinco y en el mismo Sumario 19/1997, se dictó con fecha 28 julio 1998 Providencia del tenor siguiente:

«Dada cuenta; visto el escrito presentado por la representación procesal del señor S., desde luego, en nada vincula a este Juzgado la resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas Argentinas, órgano manifiestamente incompetente para decidir sobre los delitos de genocidio y terrorismo que se imputan por la jurisdicción española al señor S. y otros, y respecto de los cuales no ha sido juzgado, de acuerdo con el art. 23 de la LOPJ, y el Código Penal español. Por tanto, la competencia exclusiva de la Jurisdicción ordinaria española y nunca la militar, viene impuesta por la Constitución Española y la Ley Orgánica citada, y así ha establecido en Auto de fecha 25 marzo 1998 de este Juzgado, en el que se expone, al igual que en los de fechas 28 junio 1996 y 11 mayo 1998, las razones que avalan la competencia y la jurisdicción española.

Oficiase al Cónsul General de Argentina en España, a fin de que informe a este Juzgado si las copias que se adjuntan han sido selladas, teniendo a la vista los documentos originales.

...

...

Lo manda y firma S.I. Doy fe».

Contra la anterior providencia interpuso la representación procesal de Adolfo Francisco S. recurso de reforma y subsidiario de apelación.

Fue desestimada la reforma por Auto de 20 agosto 1998, que admitía en un solo efecto la apelación y acumulaba este recurso al de apelación por falta de jurisdicción y competencia formulado por el Ministerio Fiscal y la representación procesal de S. contra los Autos de 25 marzo y 11 mayo 1998.

TERCERO.-Elevados los testimonios oportunos y emplazamientos a la Sección Tercera de esta Sala de lo Penal, se acordó por la Sección, por Providencia de 2 de octubre de este año, elevar el rollo formado y testimonios al Excmo. Sr. Presidente de la Sala, por si consideraba necesario para la Administración de Justicia hacer uso de la facultad prevista en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Concluido el trámite de instrucción, el Pleno de la Sala acordó por Providencia de 22 de octubre de este año, que para la vista y deliberación del recurso formasen Sala todos los Magistrados de la misma. También que la vista del recurso sería pública y para su celebración se señalaba el día 29 de octubre siguiente, a las cuatro horas de la tarde.

La vista se celebró en la tarde del día señalado, informando, como apelantes, el Ministerio Fiscal, cuyas funciones desempeñó el Ilmo. Sr. Fiscal D. Pedro Rubira, y el Letrado señor Gallo Pérez, en defensa de Adolfo Francisco S.

Y, como apelados, los Letrados siguientes:

Señor Selepy Prada, por la «Asociación Argentina Pro Derechos Humanos-Madrid».

Señora Díaz Sanz y señor Santiago Romero, por Izquierda Unida.

Señor Ollé Sese por Hebe María P. de B., Juana M. de P. y Marta P. de B.

Señora Lamarca Pérez por la familia B. F.

Señor Puig de la Bellacasa por Iniciativa Per Catalunya.

Señor García Fernández por la Confederación Intersindical Galega.

Señor Pipino Martínez por Mirtha Z. M.

Señor Galán Martín por la «Asociación Libre de Abogados», «Comisión de Solidaridad de Familiares», «Asociación contra la Tortura» y «Asociación Pro Derechos Humanos de España».

La vista concluyó a las ocho horas y cuarenta minutos de la tarde.

Fue deliberado y votado el recurso en la mañana del día siguiente, 30 de octubre de este año.

Sobre las dos de la tarde, decidido el recurso por unanimidad, se comunicó a las partes y se hizo público el resultado de la votación.

CUARTO.-Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos Cezón González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recursos contra los Autos del Juzgado de 25 marzo y 11 mayo. Cuestiones jurídicas debatidas.

Se impugna en los recursos la jurisdicción de España para conocer de los hechos sumariales. La apelación afecta exclusivamente a cuestiones de derecho, y especialmente ha sido discutida en el recurso la jurisdicción española por las vías de exclusión de la jurisdicción de un país en cuyo territorio no se hubiesen cometido actos constitutivos de genocidio para conocer de los mismos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio de 1948 (RCL 1969\248 y NDL 8726), rechazo de aplicabilidad del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), a hechos anteriores a la entrada en vigor de dicha norma (3 de julio de 1985), rechazo de la calificación jurídica de genocidio y de terrorismo referida a los hechos imputados, imposibilidad de perseguir en España delitos de tortura cometidos en el extranjero por extranjeros antes de 1987, que es cuando España se adhiere a la Convención contra la Tortura de 1984 (RCL 1987\2405), y, por último, falta de jurisdicción de España para declarar inaplicables o nulas las Leyes argentinas de punto final y de obediencia debida. Cuestiones, todas las expresadas, que serán analizadas a continuación.

SEGUNDO.- Verdadero alcance de la disposición contenida en el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio.

El Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio es de 9 diciembre 1948. España se adhirió al mismo el día 13 de septiembre de 1968, con reserva a la totalidad del artículo 9 (sobre jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia en materia de controversias entre las Partes contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución del Convenio, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3). El Convenio entró en vigor para España el 12 de diciembre de 1968. El Convenio recuerda que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96(1), de 11 de diciembre de 1946, declaró que el genocidio es un delito de derecho internacional, contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena (Preámbulo) y dispone que las Partes contratantes se comprometen a prevenir y sancionar el genocidio, ya cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra (artículo 1), ya sean responsables gobernantes, funcionarios o particulares (artículo 4), que las Partes contratantes se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones del Convenio y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables del genocidio o de cualquiera otro de los actos enumerados en el artículo 3 (artículo 5) y que toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3 (artículo 8).

Su artículo 6 dispone: **«Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3, serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el**

acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción».

Para los apelantes el anterior precepto (integrante de nuestro ordenamiento interno, conforme al artículo 96 de la Constitución Española [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875], y artículo 1, apartado cinco, del Código Civil), excluiría para el delito de genocidio la jurisdicción de España, si el delito no fue cometido en territorio nacional.

Discrepa de esta opinión el Pleno de la Sala. El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un Tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un Tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio -que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave-, tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio de 1948, no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo de genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio.

Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 [RCL 1980\1295 y ApNDL 13520]), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los Tribunales del país en que ocurrieron o por un Tribunal penal internacional.

TERCERO.- Aplicabilidad actual del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como norma procesal ahora vigente.

El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera-, no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma -tal sucede en este caso-, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos, derivada de la comisión de un delito de genocidio -la pena-, trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española), impone que los hechos sean delito -conforme a las Leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro, tan mencionado-, cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por Ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.

Así es que no es preciso acudir, para sentar la jurisdicción de España para enjuiciar un delito de genocidio cometido en el extranjero por nacionales o extranjeros en los años 1976 a 1983, a lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 septiembre 1870 (NDL 18504) -derogada por la Orgánica del Poder Judicial de 1985-, que pasó a atribuir jurisdicción a los órganos judiciales españoles para juzgar a españoles o extranjeros que fuera del territorio de la nación hubiesen cometido delito de genocidio desde que este delito se incluye en el Código Penal, a la sazón vigente por Ley 47/1971, de 15 noviembre, en el título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, sin que ninguna relevancia jurídica para la atribución jurisdiccional tenga que el fundamento de la persecución ultraterritorial de los restantes delitos contra la seguridad exterior del Estado se hallase en el principio real o de protección.

CUARTO.- Los hechos imputados en el sumario.

La resolución del recurso va a exigir constatar si los hechos imputados en el sumario son susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, de delitos de genocidio o terrorismo. No requiere de juicio de verosimilitud, de acreditamiento ni de racionalidad de los indicios de la imputación. No se ha discutido en el recurso sobre el alcance de la incriminación, sobre la consistencia de esos hechos que han de poder ser calificados de genocidio o terrorismo para la atribución jurisdiccional combatida. Las partes de la

apelación no han discutido que esos hechos imputados consistan en muertes, detenciones ilegales, sustracción de menores y torturas producidas en Argentina en el período del 24 de marzo de 1976 hasta 1983, por razones de depuración ideológica, atribuidas a gobernantes y miembros de las Fuerzas Armadas o de Seguridad, con intervención también de grupos organizados, actuando todos en la clandestinidad.

QUINTO.- Sobre si los hechos imputados son susceptibles de calificarse, según la Ley penal española, como genocidio.

Se trata de la exigencia del artículo 23, apartado cuatro, de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que el precepto enumera, comenzando por el genocidio [letra a)] y siguiendo por el terrorismo [letra b)], incluyendo en último lugar cualquier otro delito que «según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España» [letra g)].

El genocidio es un crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano, mediante la muerte o la neutralización de sus miembros. Así es socialmente entendido, sin necesidad de una formulación típica. Es un concepto sentido por la comunidad internacional -individuos, Estados y Organismos Internacionales-. El genocidio ha sido sufrido a lo largo de la historia por muchas colectividades y las tecnologías, puestas al servicio de la recuperación fiel del pasado, han permitido que la humanidad pudiese situarse frente a los horrores concretos de la persecución y holocausto del pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial, una vez concluyó la contienda. Se hace, pues, el genocidio, realidad o supuesto conocido, entendido, sentido socialmente. En 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución núm. 96), acepta la recomendación de la VI Comisión y reconoce que el genocidio es un crimen de Derecho de Gentes, cuyos principales autores y sus cómplices, sean personas privadas, funcionarios o representantes oficiales del Estado, deben ser castigados.

Lo que caracteriza el genocidio, conforme a la Resolución 96 citada, es el **exterminio de un grupo por razones religiosas, políticas u otras**. Esto es, conforme a un ineludible entendimiento del genocidio que convulsionaba las conciencias. Sin distinguos, es un crimen contra la humanidad la ejecución de acciones destinadas a exterminar a un grupo humano, sean cuales sean las características diferenciadoras del grupo. En la misma línea que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, **«crímenes contra la humanidad, es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos ...»** (artículo 6).

En 1948 se abrió a la firma de los miembros de las Naciones Unidas el Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio -al que nos hemos referido ya en el apartado segundo de estos fundamentos-. El Convenio considera el genocidio delito de derecho internacional, contrario al espíritu y

a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena. Se expresa en el Preámbulo el reconocimiento de que en todos los períodos de la Historia, el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad y el convencimiento de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional.

El artículo 1 del Convenio dispone: **«Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar».**

Y el artículo 2 contiene la definición del genocidio como: **«cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal».**

Y esos actos realizados con la finalidad de exterminio de un grupo son, según el mencionado artículo 2 del Convenio a que nos referimos, la matanza de miembros del grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de esos miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Acciones horrendas que justifican la calificación de flagelo odioso que se hace en el Preámbulo del Convenio. La descripción de conductas se asocia con esa concepción social -entendida sentida-, de genocidio a la que aludíamos. En las formas de actuación sobre un grupo está ya ínsito el necesario propósito de destruir, total o parcialmente, al grupo.

En 1968 España se adhiere al Convenio y en 1971, a virtud de la Ley 44/1971, de 15 noviembre (RCL 1971\2050 y 2108), entra el delito de genocidio en el catálogo del Código Penal entonces vigente (RCL 1963\759, 900 y 1009), en el artículo 137 bis, como delito contra el derecho de gentes, definido en estos términos: **«Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional étnico, social o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes ...».** Y continuaba el Código Penal español de la época aludiendo a los actos concretos de genocidio (muertes, lesiones, sometimiento a condiciones de existencia que hagan peligrar la vida o perturben gravemente la salud, desplazamientos forzosos y otros).

Obsérvese ya que el término «social» -en discordancia con la definición del Convenio de 1948-, está respondiendo a lo que hemos llamado concepción o entendimiento social del genocidio - concepto socialmente comprendido sin necesidad de una formulación típica-. Repárese ya en que la idea de genocidio queda incompleta si se delimitan las características del grupo que sufre los horrores y la acción exterminadora. Por lo demás, la falta de una coma entre «nacional» y «étnico» no puede llevarnos a conclusiones de limitación en nuestro derecho interno, hasta el Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del tipo de genocidio en relación con la concepción internacional del mismo.

En 1983 (RCL 1983\1325, 1588 y ApNDL 2364) - reforma parcial y urgente del Código Penal (RCL 1973\2255 y NDL 5670)-, se sustituiría en el artículo 137 bis citado la palabra «social» por «racial», aunque subsistirá la falta de la coma entre «nacional» y «étnico», y en 1995 (RCL 1995\1423) -penúltima reforma del Código derogado-, se penará la apología del genocidio.

El nuevo Código Penal recoge entre los delitos contra la seguridad internacional, en su artículo 607, el genocidio, definiéndolo conforme al Convenio de 1948, como caracterizado por el **«propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso»**.

Sostienen los apelantes que los hechos imputados en el sumario no pueden constituir genocidio, puesto que la persecución no se efectuó contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso y que la represión en la Argentina de la dictadura de 1976 a 1983 tuvo motivaciones políticas. Lo expuesto hasta ahora en este apartado va a permitir a la Sala contar con referencias previas en apoyo de la consideración de genocidio de los hechos imputados que va a desarrollarse. La acción plural y pluripersonal imputada, en los términos en que aparece en el sumario, es de actuación contra un grupo de argentinos o residentes en Argentina susceptible de diferenciación y que, indudablemente, fue diferenciado por los artífices de la persecución y hostigamiento. Y las acciones de persecución y hostigamiento consistieron en muertes, detenciones ilegales prolongadas, sin que en muchos casos haya podido determinarse cuál fue la suerte corrida por los detenidos -repentinamente extraídos de sus casas, súbitamente expulsados de la sociedad, y para siempre-, dando así vida al concepto incierto de «desaparecidos», torturas, encierros en centros clandestinos de detención, sin respeto de los derechos que cualquier legislación reconoce a los detenidos, presos o penados en centros penitenciarios, sin que los familiares de los detenidos supiesen su paradero, sustracción de niños de detenidos para entregarlos a otras familias -el traslado por fuerza de niños del grupo perseguido a otro grupo-. En los hechos imputados en el sumario, objeto de investigación, está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de población argentina, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de exterminio, que no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado estaba integrado por aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen, pero también ciudadanos indiferentes al régimen. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación con el nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los miembros del grupo.

Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos porqué en el Convenio de 1948 no aparece el término «político» o las voces «u otros» cuando relaciona en el artículo 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio cobra vida

a virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que compartían la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El artículo 137 bis del Código Penal español derogado y el artículo 607 del actual Código Penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó el Convenio de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta causa. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos «grupo nacional» no signifiquen «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. Esa concepción social de genocidio -sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito-, no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio, como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran al texto, no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal, ni tampoco el derogado, excluyen expresamente esta integración necesaria.

Y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio, con consiguiente aplicación al caso del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabían en el proyecto de reorganización nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, especialmente muchos españoles. Todas las víctimas, reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar.

SEXTO.- Sobre la tipificación de los hechos imputados como terrorismo.

La calificación de los hechos imputados como constitutivos de terrorismo no aportará nada nuevo a la resolución del caso, puesto que los hechos imputados han sido ya tenidos por susceptibles de constituir delito de genocidio y son los mismos hechos los que son objeto de estudio en cuanto a subsunción jurídica. El terrorismo figura también como delito de persecución internacional en el artículo 23, apartado cuatro, de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial y ya se ha dicho (apartado segundo de estos fundamentos) que el precepto, como norma procesal vigente hoy, es aplicable con independencia del

tiempo de comisión de los delitos. La Sala, no obstante, debe decir que los hechos imputados en el sumario, susceptibles de tipificarse como constitutivos de delito de genocidio, pueden también calificarse como terrorismo. No estima el Tribunal que la incardinación de los hechos en el tipo del delito de terrorismo haya de quedar excluida, porque, exigiéndose en sus distintas formas por nuestro derecho una finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no se pueda encontrar en los hechos imputados tendencia alguna en contra del orden constitucional español. La tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social del país en el que el delito de terrorismo se comete, o al que directamente afecta como destinatario del ataque, y esta traslación necesaria de un elemento fáctico no impide la susceptibilidad de tipificarse, como terrorismo, según la Ley penal española, que es exigencia del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por lo demás, hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto del procedimiento, la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaliéndose de ella. La asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero no confundible con ella. De otra parte, concurren las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y teleológica (entendida como de rechazo del orden jurídico, del mismo orden jurídico vigente en el país a la sazón), propias de la banda armada.

Como escribía Antonio Quintano Ripollés en los años cincuenta: **«una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo».**

SEPTIMO.- Tipificación como delito de tortura.

Las torturas denunciadas formarían para del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del artículo 23, apartado cuatro, letra g), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el artículo 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura

integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del artículo 5, apartado uno, letra c), de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado dos del artículo 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario.

OCTAVO.- Cosa juzgada. Las Leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y de Obediencia Debida.

Las Leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y Obediencia Debida, han sido derogadas, si bien del documento presentado en el Juzgado por el recurrente Adolfo Francisco S., junto con escrito de fecha 17 de julio de este año (consistente en Resolución núm. 5/1998, del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de Argentina, de fecha 2 julio 1998, obrante a los folios 18.559 y siguientes del sumario, por la que se declaran extinguidas las acciones que pudieran corresponder contra dicho recurrente por su presunta participación en los delitos del artículo 10 de la Ley 23049), resulta que dichas Leyes de Punto Final y Obediencia Debida son aplicadas y determinan la exención de responsabilidad que se declara, argumentándose que, aunque derogadas, esas Leyes ya han operado sus efectos y mantienen virtualidad por el principio de la ultractividad de la Ley penal más benigna o favorable.

Con independencia de que dichas Leyes puedan tenerse por contrarias al «ius cogens» internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras, en razón de no ejercicio de acción penal a partir de un determinado tiempo o en razón de la condición de sometido a jerarquía militar o funcionarial del sujeto activo. Vienen a despenalizar conductas, de modo que su aplicación no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero [letra c) del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en el caso de conducta no punible -a virtud de norma despenalizadora posterior- en el país de ejecución del delito [letra a) del mismo apartado dos del artículo 23 de la Ley citada], lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado cinco del tan aludido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

NOVENO.- El recurso acumulado interpuesto por la representación procesal de Adolfo Francisco S. contra la Providencia de 28 de julio y el Auto de 20 agosto 1998.

El recurrente Adolfo Francisco S. solicitó el sobreseimiento o archivo de la causa en lo que a él concernía por haber sido absuelto o indultado en Argentina, a virtud de la resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de Argentina que se cita en el apartado precedente. La denegación del sobreseimiento o archivo por el Juez instructor fue recurrida en reforma y subsidiaria apelación por el inculpado y constituye, ahora, objeto de la segunda apelación, acumulada a la principal sobre jurisdicción (véase antecedente de hecho segundo de este auto). El recurso acumulado debe desestimarse por las razones que se manifestaban en el apartado octavo de estos fundamentos jurídicos.

DECIMO.- El artículo 2, apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas no es norma jurídica que pudiera hacer, en el caso objeto de estudio, inaplicable el artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ultimas consideraciones.

En conclusión, los órganos judiciales españoles están investidos de jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento.

El artículo 2, apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas («La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros»), no es norma jurídica que permitiese neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23, apartado cuatro, tantas veces aludido en esta resolución.

Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales.

España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos - categoría de Derecho internacional-, acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de quinientos los españoles muertos o desaparecidos en Argentina, víctimas de la represión denunciada en los autos.

Por todo lo expuesto.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acuerda desestimar los recursos y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento. Así como la denegación de la petición de sobreseimiento y archivo formulada por la representación de Adolfo Francisco S.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Notifíquese la resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en las apelaciones.

Lo mandan y firman los Magistrados expresados al comienzo.