

Roj: **STS 9099/2007 - ECLI:ES:TS:2007:9099**Id Cendoj: **28079120012007101134**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/10/2007**Nº de Recurso: **10049/2006**Nº de Resolución: **798/2007**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2016/2005,**  
**STS 9099/2007**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil siete.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y quebrantamiento de Forma, que ante Nos pende, interpuesto por Agapito y la Acusación Particular Zaira Y OTROS contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección Tercera), con fecha diecinueve de Abril de dos mil cinco, en causa seguida contra Agapito por un delito de lesa humanidad, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Agapito representado por el Procurador Don José Antonio del Campo Barcon y las Acusaciones Particulares: Zaira representada por la Procuradora Doña María Salud Jiménez Muñoz; Antonia , Antonia , Estibaliz y Gema representadas por la Procuradora Doña Mónica Lumbreras Manzano; Isidora representada por la Procuradora Doña Silvia Ayuso Gallego; Loreto , María , Matilde , Mónica , Nuria , Laureano , Rafaela , Rita , Sabina , Soledad , Melchor , Verónica representados por la Procuradora Doña Esther Rodríguez Pérez; la Asociación Libre de Abogados, Asociación contra la Tortura, Asociación Pro-Derechos Humanos de España, Iniciativa Per Catalunya, Confederación Intersindical Galega, Federación de Asociaciones de Abogados "Libertad y Defensa" y la Comisión de Solidaridad de Familiares representados por la Procuradora Doña Isabel Cañedo Vega. Siendo parte recurrida la Asociación Argentina Pro Derechos Humanos de Madrid representada por la Procuradora Doña Ana Lobera Argüelles.

### I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado Central de Instrucción número cinco, instruyó Sumario con el número 19/1.997 contra Agapito , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección Tercera, rollo 139/1.997) que, con fecha diecinueve de Abril de dos mil cinco, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

*PRIMERO. El contexto. El plan sistemático.- 1. Antecedentes del golpe militar. -En la República Argentina, a lo largo de todo el año 1975, e incluso con anterioridad, los responsables militares de cada una de las armas del Ejército, con la ayuda de las Fuerzas Policiales y los Servicios de Inteligencia y apoyo de grupos de civiles, tomaron la decisión no sólo de derrocar a la Presidenta constitucional, Coral , mediante un golpe de Estado, que se materializó el 24 de marzo de 1976, sino también de diseñar, desarrollar y ejecutar un plan criminal sistemático de secuestro, tortura, desaparición y, finalmente, eliminación física de toda aquella parte de la ciudadanía que reputaban sospechosa de ser «subversiva», entendiéndose por tal las que por su forma de pensar, actividades, relaciones o adscripción política resultaban en apariencia incompatibles con su proyecto político y social. La selección de quienes tendrían la consideración de subversivos se haría en función de su adscripción*





a determinadas actividades y sectores, fundamentalmente por motivos políticos e ideológicos, aunque también influirían los étnicos y religiosos. -Una vez conseguido el objetivo de extender en la sociedad argentina la sensación generalizada de vivir en un estado de absoluto desastre institucional, económico y social, el siguiente paso en el esquema diseñado fue presentar a la presidenta de la nación como una persona incapaz de dirigir el país, situación que ésta aceptó, permitiendo de facto que los militares dirigiesen la situación y diesen cobertura «legal» a la represión, iniciada con el Decreto número 261/1975, de 5 de febrero de 1975 (tomos 52 y 94 de la pieza separada de documentación), en el que se establecía una estructura funcional para todos los organismos de inteligencia y por el que se autorizaba al Ejército de Tierra a ejecutar las operaciones necesarias para neutralizar o aniquilar toda acción de los elementos subversivos que actuasen en la provincia de Tucumán; y la Orden secreta de 5 de febrero de 1975 (tomo 94), del general Marco Antonio , en la que se dio luz verde a las operaciones de represión en esa provincia y al llamado «Operativo Independencia», que se inició el día 9 de febrero de 1975, dirigido por el general Franco y que constituyó el inicio de lo que un año después desembocaría en el golpe militar. -Esta cobertura se consumó con los Decretos que, a instancia de los responsables militares -que de hecho gobernaban el país-, firmó el Presidente interino Italo Luder, el 6 de octubre de 1975, con los números 2770/1975, por el que se constituyó el Consejo de Seguridad Interior y Consejo de Defensa (tomo 94); número 2.771/1975, por el que se dispusieron los medios necesarios para la lucha contra la subversión (tomo 94); y número 2.772/1975, por el que se libraron órdenes de ejecución de operaciones militares y de seguridad para eliminar o aniquilar la acción de todos los elementos subversivos en todo el territorio del país (tomo 94) -continuación, por tanto, del Decreto 261/1975, de 5 de febrero-. 2. EL PLAN DE EJÉRCITO Y LA IDEOLOGÍA DEL PROCESO DE RECONSTRUCCIÓN NACIONAL .- DECLARACIONES Y ARENGAS.- DECRETOS Y ÓRDENES SECRETAS. A pesar de que, como ha quedado expresado, durante el gobierno constitucional se habían dictado numerosas y severísimas leyes represivas para combatir las actividades subversivas, agravándose penas, creándose nuevas figuras penales, aplicándose normas restrictivas para salir del país y dictándose varios decretos contra la lucha subversiva, de forma que ya todas las fuerzas armadas, de seguridad, policiales, etc., habían quedado bajo la responsabilidad primaria del Ejército para la lucha anti-subversiva y que los grupos violentos revolucionarios, en realidad, estaban ya notablemente desarticulados, ello no era suficiente para los fines de quienes habrían de ejecutar el inminente golpe militar, que estimaban necesaria la eliminación física del grupo nacional opositor a su ideología o a su proyecto. Por ello, a partir de aquella fecha -6 de octubre de 1.975- los responsables militares máximos de los tres ejércitos y los policiales y de los Servicios de Inteligencia ultimaron los preparativos en forma coordinada para la toma del poder y el desarrollo a gran escala del plan de eliminación y desaparición sistemática de personas de los diferentes bloques de población, clasificándolas bien por su profesión, adscripción ideológica, religiosa, sindical, gremial o intelectual, e incluso étnica y que afectaría a estudiantes, trabajadores, amas de casa, niños, minusválidos o discapacitados, políticos, sindicalistas, abogados, judíos y, en general, cualquier persona o sector que entendían opuesto a la selección realizada, so pretexto de desarrollar o participar en actividades supuestamente terroristas y contrarias a lo que denominaban «la moral occidental y cristiana», y que incluso dio pie también a la represión por motivos religiosos contra todos aquellos que no perteneciesen o discrepasen de la doctrina «oficial» católica, según la entendía la cúpula militar. Así, el general Marco Antonio había anunciado en la 11ª Conferencia de Ejércitos Americanos (Montevideo, 1975): «en la Argentina van a tener que morir todas las personas que sean necesarias para lograr la seguridad del país». En los días inmediatamente previos al golpe, hacia el día de 10 de marzo de 1976, el almirante Pascual , comandante de operaciones navales, siguiendo órdenes del comandante en jefe Rubén , y con conocimiento y conformidad de la alta jerarquía de la Armada, en desarrollo del plan previamente establecido por los responsables de las Fuerzas Armadas, convocó a toda la Plana Mayor del área naval de Puerto Belgrano, en número de 900 marinos aproximadamente, y los arengó en el sentido de que el país estaba lleno de «delincuentes subversivos» y que se les debía combatir para conseguir, según decía Virgilio . -compañero y asesor de psicología de Rubén -, un país distinto, pacificado, con orden y economía espectacular. Pocos días después del golpe militar el mismo almirante Pascual convocó una nueva reunión en el cine de Puerto Belgrano en la que marcó los lugares en los que se encontraban los «subversivos» y le comunicó a la Plana Mayor que la Armada no iba a ser ajena al combate antisubversivo y que integraría el Grupo de Tareas 3.3.2, constituido por la compañía de Ceremonial reestructurada, con un área de operaciones que se extendería a la zona norte de capital federal y Gran Buenos Aires. Asimismo les indicó que se combatiría todo lo que fuera «contrario a la ideología occidental y cristiana», todo ello con el beneplácito de la jerarquía católica castrense, y con el apoyo de un gabinete especial creado por Rubén . En esa reunión Pascual explicó el método de «lucha contra la subversión» e indicó que se actuase con ropa civil, operaciones rápidas, interrogatorios intensos, práctica de torturas y sistema de eliminación física a través de los aviones que, en vuelo, arrojarían los cuerpos vivos y narcotizados al vacío, proporcionándoles de esta forma una «muerte cristiana». Igualmente Pascual , siguiendo órdenes de Rubén , expresó que otro método de depuración a seguir sería que las detenidas embarazadas permanecerían con vida hasta el alumbramiento de los bebés, los cuales serían entregados a familiares de marinos, militares o civiles que previamente lo solicitasen a través del orden establecido en la Escuela Mecánica de la Armada (E.S.M.A.). Con ello se pretendía conseguir evitar la «contaminación» que supondría devolver los hijos a sus familias biológicas.





Inmediatamente producido el golpe militar, el general Viola ordenó «que la evacuación de los detenidos se producirá con la mayor rapidez, previa separación por grupos: jefes, hombres, mujeres y niños, inmediatamente después de las capturas». En 30 de abril de 1976 el general Cosme, afirmó que la actividad de los intelectuales y artistas discrepantes constituía «un veneno para el alma de la nacionalidad argentina», añadiendo que «de la misma manera que destruimos por el fuego la documentación pernicioso que afecta al intelectual y a nuestra manera de ser cristiana, serán destruidos los enemigos del alma argentina». Desde el 24 de marzo de 1976 –fecha del golpe de Estado– hasta 10 de diciembre de 1983, las Fuerzas Armadas argentinas usurparon ilegalmente el gobierno y pusieron en marcha el llamado «Proceso de Reorganización Nacional» (P.R.N.) y la denominada «Lucha contra la subversión» (L.C.S.), cuya finalidad, en realidad, era la destrucción sistemática de personas que se opusiesen a la concepción de nación sostenida por los militares golpistas, y a las que se identificaría como opuestas a la «Civilización Occidental y Cristiana». Tales designios se exponían y detallaban extensamente en el denominado Plan General del Ejército, que desarrollaba el Plan de Seguridad Nacional, y que se definía en la Orden Secreta de febrero de 1976, en la que se contenía la doctrina y las acciones concretas para tomar por la fuerza el poder político e imponer el terror generalizado a través de la tortura masiva y la eliminación física o desaparición forzada de miles de personas que se opusieron a las doctrinas emanadas de la cúpula militar. Tal manera de proceder suponía la secreta derogación de las normas legales en vigor, respondía a planes aprobados y ordenados a sus respectivas fuerzas por los comandantes militares, según las disposiciones de las Juntas Militares y se tradujo en la implantación de todo un organigrama de grupos, organizaciones y bandas armadas, que, subvirtiendo el orden constitucional y alterando gravemente la paz pública, cometieron toda una cadena de hechos violentos e ilegales que desembocaron en una represión generalizada y en un estado de absoluto terror de toda la población. En el apartado «Detención de Personas», punto 4 (Fases: 2) de la referida Orden Secreta de febrero de 1976 se disponía que: «La operación consistirá en detener... a todas aquellas personas que la Junta de Comandantes Generales establezca o apruebe para cada jurisdicción... La planificación respecto a los elementos a detener... deberá contar con la aprobación de la Junta de Comandantes Generales.» En la referida Orden se plasmaba una metodología clandestina e ilegal en la siguiente forma: «La incomunicación caracterizará todo el proceso de detención de los inculcados y solamente podrá ser levantada por la Junta de Comandantes Generales.

No se permitirá la intervención de personas extrañas a las FF.AA. en defensa de los detenidos. La composición de los equipos especiales de detención, y todo el accionar de los mismos será registrado en documentos secretos, a elaborar dentro del más estricto marco de seguridad y de secreto militar. Dichos documentos deberán estar permanentemente a disposición de la Junta de Comandantes Generales y elevados toda vez que ésta los requiera. Ningún integrante del equipo está facultado para suministrar información alguna a la prensa y vinculada al cumplimiento de esta operación, ello será facultad exclusiva de la Junta de Comandantes Generales.» Por tanto, el secuestrado perdía toda conexión con el exterior. Paralelamente, nadie podía conocer en qué centro clandestino de detención se hallaba el mismo. El Plan del Ejército fue complementado por la Orden de Operaciones n.º 2/76 (tomo 150), que disponía: «1) DETENCIÓN DE PERSONAS: se continuará con la detención de personas que aún se encuentren prófugas, según las listas... Las de prioridad... estará a cargo del servicio de Inteligencia del Estado (S.I.D.E.), Policía Federal Argentina (P.F.A.) y Policía provincial: delincuentes comunes y económicos insertos en lista de prioridad 1; "En cuanto a los delincuentes subversivos: además de los organismos citados... en la detención de este tipo de delincuentes intervendrán los elementos técnicos de Inteligencia del Ejército". 2) OCUPACIÓN Y CLAUSURA DE EDIFICIOS PÚBLICOS Y SEDES SINDICALES... se desalojará a todo el personal que se encuentre en el edificio... sobre este personal se deberá ejercer un rígido control... apostará un guardia militar para el acceso... se efectuará un estricto control de todo movimiento... Toda persona de cualquier índole que transgreda estas normas será detenida y puesta a disposición del Gobierno Militar... 3) CONTROL DE GRANDES CENTROS URBANOS Y CIERRE DE AEROPUERTOS, AERÓDROMOS Y PISTAS: La finalidad es... impedir la salida del país de personas que el Gobierno Militar disponga sean investigadas. 4) VIGILANCIA DE FRONTERAS: "... se ejecutarán las acciones militares necesarias para impedir la salida del país a través de la frontera terrestre..." 5) SEGURIDAD DE ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS... Se deberá impedir todo tipo de comunicación con el exterior por parte de los detenidos... 8) CONTROL DE ACCESO A SEDES DIPLOMÁTICAS: Se ejercerá la vigilancia exterior del edificio que ocupa la representación diplomática seleccionada a efectos de impedir el acceso de personas ajenas a la misma, con el propósito de solicitar asilo político.» En el Anexo 2 (Inteligencia) del plan del Ejército (tomo 150) se incluían como oponentes activos o potenciales a todo el espectro social: 1.- Las organizaciones político-militares. 2.- Las organizaciones políticas y colaterales. 3.- Las organizaciones gremiales. 4.- Las organizaciones estudiantiles. 5.- Las organizaciones religiosas. 6.- Las personas «vinculadas», descritas como aquellas «relacionadas al quehacer nacional, provincial, municipal o a alguna de las organizaciones señaladas: existen personas con responsabilidad imputable al caos por el que atraviesa la nación e igualmente podrán surgir otras de igual vinculación que pretendieran entorpecer y hasta afectar el proceso de recuperación del país. A tales elementos, debidamente individualizados, se los encuadrará conforme a las previsiones establecidas en el







documento "Detención de personas" o normas que específicamente pudiera establecer la Junta de Comandantes Generales». El Reglamento RC-9-1 (1977) especificaba que no se utilizará jamás la denominación de «guerrilla ni guerrillero». «Quienes participen en sus acciones serán considerados delincuentes comunes (subversivos). Las organizaciones que integren serán calificadas como bandas de delincuentes subversivos, a los que hay que eliminar». La Orden parcial n.º 405, de 21 de mayo de 1976 (tomo 150, F. 29832 a 29854), de reestructuración de jurisdicciones y adecuación orgánica para intensificar las operaciones contra la subversión, reiteraba la necesidad de centralizar la conducción de las acciones de inteligencia en las operaciones con unidad de comando. La Directiva del comandante en jefe del Ejército n.º 504/77 (tomo 150) («Continuación de la ofensiva contra la subversión durante el período de 1977-78») expresaba: «3) La acción militar directa ha producido un virtual aniquilamiento de las organizaciones subversivas, con un desgaste aproximado al 90% de su personal encuadrado, mientras la acción militar de apoyo a las estrategias sectoriales de cada Ministerio, actuando sin la conveniente orientación que le hubiera dado un planeamiento adecuado del sector gubernamental en lo que hace a la Lucha contra la Subversión, ha conseguido sólo una temporaria normalización de los ámbitos prioritarios, donde, precisamente ha reforzado su accionar el oponente. 4) Este cambio de la delincuencia subversiva y la existencia de problemas económico-laborales que aún inciden negativamente sobre la población, exige de la acción de gobierno una preferente atención para superar frustraciones que el oponente esgrime como causas de lucha, y de la acción militar.» Y a estos efectos, en los Anexos (tomo 150) se ordenaba la persecución de los oponentes, que ahora pasan a denominarse «delincuentes terroristas», en los ámbitos educacional, religioso, barrial y de la comunicación social, estableciendo (Anexo 5 bis) que «la estrategia global del oponente dirige su esfuerzo principal a la acción insurreccional de masas como una vía económica, aunque más lenta que la armada, en la que la población hábilmente instrumentada se levanta contra el orden legal y alcanza el poder luego de producir una "crisis revolucionaria". La acción es realizada en todos los ámbitos, pero prioritariamente en el educacional para reclutar futuros dirigentes; en el industrial para paralizar la economía, en el religioso para confundir y neutralizar las virtudes morales e ideas filosóficas y quitar la mayor base de unión y en el territorial o barrial, para conquistar a las masas populares, ponerlas sentimentalmente de su parte y enfrentarlas al orden legal existente. El Ejército accionará selectivamente sobre organizaciones religiosas, culturales, deportivas de fomento y otras formas de nucleamientos de tipo barrial, en coordinación con organismos estatales, especialmente de nivel municipal, para prevenir o neutralizar situaciones conflictivas explotables por la subversión, detectar y erradicar sus elementos infiltrados y apoyar a las autoridades y organizaciones que colaboran con las Fuerzas Legales, a fin de impedir la agitación y acción insurreccional de masas y contribuir de esta forma al normal desenvolvimiento de las actividades de gobierno y al logro de la adhesión de la población». Además, se estableció un sistema de delación y control absoluto en todo el ámbito educativo y cultural, ordenando el general Adrian J., Ministro del Interior, al asumir interinamente el Ministerio de Cultura y Educación en 1978, que «las autoridades educativas, culturales y de ciencia y tecnología deberán informar las novedades sobre la detección de agentes o presuntas actividades subversivas a que diera origen el personal a sus órdenes, a las autoridades militares de su jurisdicción»... El citado Reglamento RC-9-1 (1977) establecía, en su página 86 : «El concepto es prevenir y no "curar", impidiendo mediante la eliminación de los agitadores, posibles acciones insurreccionales masivas. En tal sentido, la detención de los activistas o subversivos localizados deberá ser una preocupación permanente en todos los niveles del comando. Ellos deben ser capturados de inmediato en el lugar en que se encuentren, ya sea el domicilio, la vía pública o el trabajo (fábrica, oficina, establecimiento de enseñanza, etc.)... El ataque permite aniquilar la subversión en su inicio y mostrar a la población que las tropas son las que dominan la situación». Recomendando «aplicar el poder de combate actuando con la máxima violencia para aniquilar a los delincuentes subversivos donde se encuentren. El logro de la adhesión de la población, aspecto fundamental en el ambiente operacional subversivo, se consigue no sólo guardándole todas las consideraciones, sino también infundiéndoles respeto. El ciudadano debe saber que las FF.AA. no molestan a quien cumple la ley y es honesto, pero aplican todo su poder de combate contra los enemigos del país. Respecto a éstos y a los proclives a serlo, es necesario que comprendan que es más conveniente apoyar a las fuerzas legales que oponérseles. Se debe tener presente que los agitadores o subversivos potenciales pueden abandonar posturas pasivas y adoptar procederes activos, si no perciben una firme actitud que les inspire respeto y temor. La acción militar es siempre violenta y sangrienta, pero debe tener su justificación y el apoyo de operaciones psicológicas. Para graduar la violencia están las fuerzas de seguridad y policiales. El concepto rector será que el delincuente subversivo que empuña armas debe ser aniquilado, dado que cuando las FF.AA. entran en operaciones contra estos delincuentes, no deben interrumpir el combate ni aceptar rendiciones». La regulación de la acción represiva se completaba, con relación a la Armada, con el Plan de Actividades de Comandos de Operaciones Navales, de 1976. Por último, se completaba la estrategia global de terror y exterminio mediante la aplicación del «Manual de Acción Psicológica» (RC-5-1) (tomo 94), que propugnaba la utilización de información y propaganda falsas. Ha sido puesto de manifiesto la existencia de numerosos supuestos de enfrentamientos que, posteriormente, se determinaron inexistentes, y solamente aducidos por la propaganda militar para justificar el asesinato de opositores. El propio Manual de Acción Psicológica reconocía que la finalidad de la propaganda era «permitir un encubrimiento natural de los





fin» (artículo 2.010, inciso 5), expresando que «la presión insta por acción compulsiva, apelando casi siempre al factor miedo. La presión psicológica generará angustia, la angustia masiva y generalizada podrá derivar en terror y eso basta para tener al público (blanco) a merced de cualquier influencia posterior» (artículo 2.004). La estructura represiva organizada funcionó según estaba proyectada, respetándose en todo momento la jerarquía de la escala de mando. Así, los propios comandantes reconocieron en el juicio al que fueron sometidos al fin de la dictadura (causa 13/84), haber tenido el control efectivo de sus fuerzas. Los jefes y oficiales, que la lucha anti-subversiva se ajustó estrictamente a las órdenes de los comandantes superiores, y que el sistema operativo puesto en práctica fue sustancialmente idéntico en todo el territorio de la nación y prolongado en el tiempo, sin que fuera posible la instalación de centros de detención en dependencias militares o policiales sin existencia de órdenes superiores que lo permitieran, así como tampoco la asignación o movimiento del personal, arsenal, vehículos y combustibles a las operaciones anti-subversivas, que se desarrollaron aprovechando la estructura funcional preexistente de las Fuerzas Armadas. Finalmente, fueron las Fuerzas Armadas quienes se atribuyeron la «victoria» sobre la subversión, explicándola mediante el concepto de «guerra sucia o atípica» y emitiendo un llamado «Documento Final», donde se trataba de dar una explicación a la ciudadanía acerca de la suerte de los desaparecidos, admitiendo, a través de un lenguaje oscuro, que fue necesario utilizar «procedimientos inéditos» e imponer el más estricto secreto sobre la información relacionada con las acciones militares, ratificando que todo lo actuado fue realizado en cumplimiento de las órdenes propias del servicio.

3. ESTRUCTURA DE LA REPRESIÓN.- 3.1. Estructura vertical y fuertemente jerarquizada. El esquema represivo respondía a una estructura férrea y estrictamente militar. El sistema funcionaba verticalmente, según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, de Seguridad e Inteligencia, y horizontalmente, por armas o clases, pero con rígida coordinación, impuesta, en última instancia, por los componentes de las sucesivas Juntas Militares, Estados Mayores del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y sus equivalentes en la Policía y demás Fuerzas de Seguridad e Inteligencia. En el desarrollo del operativo general diseñado, los denominados Grupos Operativos o Grupos de Tareas o Unidades de Tareas estaban integrados por personal militar, civil y de inteligencia y actuaban organizadamente en el seno mismo de las «Fuerzas del Orden», con arreglo al sistema de «comandos», que no respondía necesariamente a unidades militares preexistentes, sino que podían estar compuestos por miembros de diferentes unidades, armas y ejércitos, basándose en criterios de operatividad y homogeneización ideológica, fuera de las normas y manuales de uso en los ejércitos regulares, y siguiendo el mismo esquema de funcionamiento que los «einsatzgruppen» organizados durante la II Guerra Mundial por el Ejército alemán bajo las instrucciones del partido nacional socialista. Funcionaron cinco grupos de tareas: el GT1 (Policía Federal), GT2 (Batallón de Inteligencia 601), el GT3 (Armada Nacional), el GT4 (Fuerza Aérea Argentina) y el GT5 (Side). Este diseño se contenía en Directivas secretas o en las denominadas Órdenes de Batalla, y los responsables inmediatos eran los respectivos Comandos en Jefe.

3.2.- Utilización de las previas estructuras militares. Para ejecutar materialmente el proyecto criminal dibujado, los máximos responsables militares y los jefes de los correspondientes Comandos aprovecharon la propia estructura militar de la nación, dividida en seis zonas, a su vez divididas en subzonas y áreas. Zona 1, con sede en la capital federal, era controlada por el Comando del Primer Cuerpo del Ejército, y extendía su jurisdicción a la capital federal y a la provincia de Buenos Aires, excepto los partidos de Jon, Manuel, Coronel Nazario, Patricio, Rodolfo, Saturnino, Coronel Teodoro, Jose Manuel, Coronel Carlos Francisco, Juan Antonio, Anselmo, Argimiro, Bernardino, Casimiro, General Darío, General Eliseo, Montserrat, Fausto, Indalecio, Tres de febrero y Leandro. Hasta finales de 1979, esta zona abarcaba también toda la provincia de La Pampa. Dentro de la subzona Capital Federal, se encontraba el área III A que extendía su jurisdicción al sector comprendido entre el Río de la Plata, Av. G. Udaondo, Av. del Libertador, Av. Congreso, Av. de los Constituyentes, Av. General Paz. En esta área se ubicaba la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), que se convirtió en centro clandestino de detención y torturas desde el comienzo de la dictadura hasta su final. En la zona I se realizó la mayor parte de las detenciones, dada la mayor densidad de población de la demarcación, interviniendo unidades de Infantería, Caballería, Artillería, Ingenieros, Granaderos, etc., y la Policía federal. El puerto dependía de la Prefectura naval y el aeropuerto quedaba bajo la jurisdicción de la Fuerza Aérea.- Zona 2, controlada por el Comando del Segundo Cuerpo del Ejército, con sede en Rosario extendía su jurisdicción a las provincias de Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Misiones, Chaco y Formosa.- Zona 3, dependiente del Comando del Tercer Cuerpo de Ejército, con sede en Córdoba, que comprendía además las Provincias de San Luis, Mendoza, San Juan, La Rioja, Catamarca, Tucumán, Santiago del Estero, Salta y Jujuy, siendo las unidades más representativas de la zona la Brigada de Infantería Aerotransportada número 4 en Córdoba, la Brigada de Infantería Aerotransportada número 5 en Tucumán y los arsenales militares.- Zona 4, dependiente del Comando de Institutos Militares, con sede en Campo de Mayo, subdividiéndose en ocho áreas en las que radicaban distintas escuelas de formación.- Zona 5, controlada por el Comando del Quinto Cuerpo de Ejército, con sede en Bahía Blanca, que era la más extensa del territorio argentino, ya que comprendía la parte sur de la provincia de Buenos Aires, y la totalidad de la Patagonia, integrada por las provincias de Río Negro, Neuquén, Chubut, Santa Cruz y Tierra de Fuego, destacando el Batallón de Comunicaciones 601 de Bahía Blanca y la Brigada de Infantería número 6 de Neuquén.- 3.3. Centros clandestinos de detención.- Dentro de cada una de estas zonas se habilitaron dependencias militares o se prepararon una serie de lugares idóneos, hasta un número aproximado





de trescientos cuarenta centros clandestinos de detención, que acogieran a las personas cuya detención, desaparición y eliminación se preveía. El sistema de eliminación de personas, a partir del golpe militar, deja de ser el fusilamiento o ametrallamiento en plena calle y pasa a ser el de la detención en aquellos lugares secretos con el fin de poder interrogar a los detenidos y, bajo tortura, obtener información, para posteriormente matarlos o mantenerlos secuestrados, consiguiendo con ello una limpieza ideológica, familiar, social, intelectual, sindical, religiosa e incluso étnica parcial, que permitiera cumplir el plan trazado de construir una «Nueva Argentina» purificada de la «contaminación subversiva y atea» y, simultáneamente, dar la sensación de que la violencia en las calles había desaparecido por el accionar antisubversivo del Ejército, ocultando la realidad a la comunidad internacional. Con el interrogatorio bajo tortura de los detenidos se obtenía información y se les obligaba a delatar a otras personas, que a su vez eran detenidas, aplicándosele el mismo trato, y así sucesivamente. De esta forma violenta se impusieron desplazamientos forzosos de un elevadísimo número de personas a través de 340 campos de concentración (centros de detención clandestinos) con cambios periódicos de ubicación, con el fin de evitar todo contacto con su grupo familiar o de amigos, ya que la desinformación formaba parte de la táctica de expansión del terror, además de que se evitaba su descubrimiento por organismos internacionales. Estos lugares de detención permanecen en algunos casos indeterminados al día de hoy.- En la zona 1 se han identificado los lugares en donde se encontraban 64 centros clandestinos de detención. Este número era, en realidad, mucho mayor. De entre ellos se señalan aquellos de los que se han obtenido datos en esta causa: -- Subzona capital federal (al menos 14 CCD).-- Superintendencia de Seguridad.-- Garaje Azopardo. -- Comisaría 1ª.-- Comisaría 6ª.-- Regimiento de Infantería I. Hospital Militar Central. -- ESMA. -- Logístico 10. -- Grupo de Artillería Defensa Aérea 101. -- El Olimpo. -- Orletti (SIDE).-Hospital Aeronáutico.-- Club Atlético. -- Comisaría 18ª.- Subzona 11 (al menos 30 CCD). -- Puesto Vasco.-- Pozo de Quilmes.-- Malvinas Argentinas u Omega. -- Comisaría 1ª de Quilmes. -- Pozo de Banfield. -- Brigada de Investigaciones de Lanús con asiento en Avellaneda (El Infierno). -- Comisaría 3ª de Lanús. -- Subcomisaría de Juan Enrique, Alte. Brown. -- Comisaría de Burzaco. -- Comisaría de Adrogué. -- Comisaría de Monte Grande. -- Comisaría 4ta. de Avellaneda. -- Comisaría de Cañuelas. -- Arana. --Comisaría 5a., La Plata. -- Comisaría 8va., La Plata. -- Comisaría 1ª., La Plata. -- Brigada de Investigaciones de La Plata (La Casita). -- La Cacha. -- Guardia de Infantería de Seguridad de la Policía de Bs.As., La Plata. -- Unidad Penitenciaria N° 9, La Plata. -- Comisaría de Villa Insuperable (Sheraton).- El Banco.-- El Vesubio. -- Brigada de Investigaciones, San Justo. -- Comisaría 2da., La Matanza. -- Casa del Cilindro, Dentro del Batallón de Comunicaciones, La Plata. -- Los Plátanos, Estación Plátanos. -- Batallón de Infantería de Marina N° 3, Ensenada. -Subzona 12 (al menos 7 CCD); -- La Huerta, Dentro del Batallón Logístico 1, Tandil. -- Base naval de Punta Indio, Magdalena. -- Instituto Penal de las Fuerzas Armadas, Magdalena. -- Delegación Policía Federal, Azul. -- Brigada de Investigaciones Policía de Buenos Aires, Las Flores. -- Monte Pelone (o Sierras Bayas), Sierras Bayas, Olavarría. -- Comisaría, Trenque Lauquen.- Subzona 13 (al menos 1 CCD); -- Brigada de Investigaciones, San Nicolás. -Subzona 14.- -- Sin Información disponible. Subzona 15 (al menos 6 CCD); -- Cuartel Central de Bomberos, Mar del Plata. -- Comisaría 4.ª, Mar del Plata. -- Destacamento Policía de Batán, Ruta Nacional 88, km15. -- Base naval, Mar del Plata. -- Escuela de Suboficiales de Infantería de Marina, Mar del Plata. -- Base aérea, Ruta Nacional N° 2, km 400.- Subzona 16 (al menos 7 CCD); -- Comisaría 3.ª, Castelar. -- Mansión Seré o Atila, Castelar. -- VII Brigada Aérea, Castelar. -- Hospital Posadas, Ramos Mejía. -- La Casona, 1ª Brigada área del Palomar.-- Comisaría 2da de Haedo. -- Grupo I de Vigilancia Aérea, Merlo.- 4. Métodos; Nada más producirse el golpe comienza el desarrollo del plan sistemático anteriormente trazado, iniciándose la detención masiva de ciudadanos, acompañada de la práctica sistemática de la tortura con métodos «científicos», el exterminio generalizado utilizando diversos métodos, entre ellos los lanzamientos de cadáveres desde aeronaves --conocidos como «vuelos de la muerte»--, los enterramientos de los cadáveres en fosas comunes, las cremaciones de cuerpos, los abusos sexuales, produciéndose el secuestro y la desaparición forzada de un número de personas que no ha podido determinarse hasta el momento ni por aproximación, y que según algunas fuentes pueden llegar a ser 30.000 víctimas, si bien se manejan otras cifras que bajarían a la cifra a unas 20.000 (entre ella constan la existencia, según consta en las actuaciones documentado, de al menos 600 españoles y descendientes de españoles), el saqueo de bienes y enseres y su rapiña y, por último, la sustracción a sus madres, a las que se hacía dar a luz en los centros de detención, para darlas después muerte en muchas ocasiones, de recién nacidos, en número probablemente superior de quinientos. Estos niños recién nacidos fueron entregándolos a personas previamente seleccionadas, ideológicamente adecuadas y de «moral occidental y cristiana», para, de esta forma, educarles lejos de la «ideología de sus entornos familiares naturales», de tal manera que eran incorporados de forma ilegal a sus «nuevas familias», con alteración del estado civil para facilitar las adopciones y la clandestinidad o la simulación de sus nacimientos a través de partidas de nacimiento falsas.-La acción se concretó (según se señala en la sentencia de la causa 13/84 ), en: «... a) Capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) Conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) Una vez allí, interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles, acerca de otras personas involucradas; d) Someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) Efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los







operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) Amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente».... Uno de los sistemas utilizados para hacer desaparecer a los ilegalmente detenidos era conocido como «Traslado», consistente en arrojarlos vivos al mar desde aviones. Para preparar a los detenidos, se les despojaba de ropas y enseres con el fin de evitar su posterior identificación, y se les inyectaban calmantes para adormecerlos. En otros casos, a los ilegalmente detenidos se les hacía «aparecer» en las calles como muertos en enfrentamientos armados inexistentes. Para hacer verosímiles estas simulaciones, inmediatamente antes de acabar con ellos, en algunos casos, se les alimentaba, se les exigía una cierta higiene, se les bañaba, y cuando estaban en «condiciones» para no despertar excesivas sospechas por su mal estado físico y de desnutrición, se les daba muerte, aparentándose un enfrentamiento. Las torturas se practicaban sistemáticamente sobre todos y cada uno de los detenidos, bien para extraer información, bien para lograr la delación de otras personas, o simplemente para que describiesen sus bienes y efectos, que después les eran sustraídos, u obligados a transferirlos a sus represores, o bien por mera crueldad y tormento, pretendiendo causar sobre los cuerpos y también sobre las mentes de los «subversivos» la mayor destrucción física, psíquica y anímica posible. A los detenidos, entre otras técnicas de tortura, se les daba sesiones de «picana» eléctrica, que consistía en la aplicación de electrodos con descargas eléctricas en diversas partes del cuerpo: genitales, boca, y otras partes sensibles del cuerpo. Esta técnica se materializaba manteniendo a la persona desnuda, mojada y sobre una cama o plancha metálica. En otras ocasiones se les colgaba en las paredes o se les ataba a camas o mesas metálicas para garantizar su inmovilidad durante la tortura. También se les aplicaba el tipo de tortura conocido como «submarino seco» – que consistía en la introducción de la cabeza del secuestrado en una bolsa de polietileno, manteniéndola cerrada hasta que aparecían indicios de asfixia, soltando entonces y comenzando de nuevo–, o también el «submarino húmedo» –que consistía en la introducción de la cabeza del detenido en un recipiente con líquido hasta los límites de la asfixia, reiterándose indefinidamente la operación–, o los simulacros de fusilamiento con la víctima encapuchada, o el sometimiento a servidumbre, o golpes reiterados o múltiples agresiones sexuales sobre los mismos.-También se aplicaron formas de torturas psicológicas y torturas a familiares en presencia de otros miembros de la familia.- La propia desaparición forzada constituía por sí una terrible tortura sobre el secuestrado y sobre su familia, manteniéndose para ellos una situación de absoluta falta de información hasta del final del secuestro, fuera por liberación o por asesinato.- Los detenidos permanecían generalmente, al menos en una primera fase, «tabicados» (con los ojos vendados), encapuchados, con el fin de hacerles perder toda noción de espacio y tiempo, y «engrilletados»; estaban sujetos con grilletes en manos y pies; se les identificaba con un número y se les golpeaba sistemática y calibradamente.- 5. Las víctimas; 1. En relación con las víctimas: las personas desaparecidas de forma violenta se distribuyen con arreglo a los siguientes porcentajes, por aproximación: a) Por sexo: – Mujeres: un 30%, de las cuales un 3% estaban embarazadas. – Hombres: un 70%. a) Por edades: – Hasta los 20 años: 12,16%. – De 21 a 40 años: 77,51%. – De 41 a 60 años: 8,82%. – Con más de 60 años 1,41%. - c) Por profesiones: obreros, un 30,2%; estudiantes: un 21%; empleados: un 17,9%; profesionales: un 10,7%; amas de casa: 38%; docentes: 5,7%; autónomos y otros: un 5%; periodistas: un 1,6%; actores y artistas: un 1,3%; religiosos: un 0,3%; y fuerzas de seguridad un 2,5%. d) De religión judía: 12,47% de los desaparecidos y un 15,62% de los muertos.- El número exacto de personas ilegalmente detenidas, desaparecidas, torturadas y asesinadas no ha podido ser establecido. En cualquier caso, por Decreto n.º 187 del Poder Ejecutivo Argentino de 15 de diciembre de 1983, finalizada la dictadura, se creó la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (C.O.N.A.D.E.P.), que culminó su tarea de investigación el 20 de septiembre de 1984, publicando el 28 de noviembre un informe, conocido como «Nunca más» en el que se señalaban con precisión 8.961 personas desaparecidas y la existencia de 340 centros clandestinos de detención. Se da por reproducida aquí dicha relación de personas desaparecidas, como parte integrante de este relato de hechos probados. El número total de desaparecidos, por determinar, puede según estimaciones oscilar entre las 20.000 y 30.000.- 2. Víctimas españolas: Constan en la causa, perfectamente identificadas, 610 víctimas de nacionalidad española e hijos y nietos de españoles.- Ya desde un primer momento la Embajada Española en Buenos Aires identificó, al menos, veintisiete ciudadanos de nacionalidad exclusivamente española: 1.- Asunción .- 2.- Carolina .- 3.- Narciso . 3.- Raimundo . 4.- Secundino . 5.- Vicente . 6.- Carlos José . 7.- Gracia . 8.- Miguel Ángel . 9.- Alonso . 10.- Belarmino . 11.- Celestino . 12.- Donato . 13.- Paulina . 14.- Feliciano . 15.- Gonzalo . 16.- Imanol . 17.- Tomasa . 18.- Leopoldo . 19.- Modesto . 20.- Adelaida . 21.- Aurora . 22.- Samuel . 23.- Elena . 24.- Carlos Miguel . 25.- Juan Carlos . 26.- Pedro Miguel .- Además, constan identificados en la causa 12 niños secuestrados de origen español, 52 niños nacidos en cautiverio de los que el padre y/o la madre eran españoles, y que aún permanecen desaparecidos, y 16 niños secuestrados y/o nacidos en cautiverio, actualmente localizados y/o restituidos, de origen español.

SEGUNDO. PARTICIPACIÓN DEL PROCESADO.- El procesado Agapito, en el año 1976 formaba parte de la Armada de la República Argentina ostentando la graduación de teniente de fragata con destino en la base naval de Puerto





Belgrano en Argentina.- Precisamente en su condición de oficial, el procesado asistió a la reunión que, a principios del mes de marzo de ese año, días antes de producirse el golpe militar en aquel país, se celebró en el cine de Puerto Belgrano. Dicha reunión a la que acudieron además de Agapito otros 900 oficiales, fue convocada por el almirante Pascual. En el curso de ésta se expuso por los organizadores la «catastrófica» situación por la que atravesaba el país, se dijo que estaba «sumido en el caos» y se aludió a los próximos cambios que se iban a producir y que lo transformarían en un «país pacificado de orden» y con una «economía espectacular».- Días más tarde, en el transcurso de la semana posterior al día 24 de marzo, Pascual convocó una nueva reunión de oficiales en el mismo lugar, el cine de Puerto Belgrano, a la que también acudió Agapito, que había estado navegando pero regresó tres o cuatro días después del golpe de Estado, pudiendo asistir a la misma. En la reunión, Pascual marcó los lugares en los que se encontraban los «subversivos», también precisó que la Armada no iba a ser ajena al combate anti-subversivo y que integraría el Grupo de Tareas 3.3.2 cuya área de operaciones abarcaría la zona norte de la capital federal y gran Buenos Aires. El objetivo era combatir todo lo que fuera «contrario a la ideología occidental y cristiana», para ello se contaba con el beneplácito de la jerarquía católica castrense. Se explicaron las líneas generales de la actuación: se actuaría con ropa de civil, operaciones rápidas, interrogatorios intensos, práctica de torturas y sistema de eliminación física mediante vuelos sin destino, si bien la muerte así producida sería «cristiana» puesto que la gente sería previamente narcotizada.- Así mismo, y en relación con las detenidas embarazadas, como otro método de depuración, se las mantendría vivas hasta que dieran a luz para después entregar a los niños a familias de adecuada ideología «occidental y cristiana», lo que evitaría «la contaminación» que en otro caso se produciría con los niños si volviesen a sus familias «biológicas».- El procesado, conoció de este modo, el plan antes de que éste entrase en ejecución, antes del golpe, y de la misma manera que la gran mayoría de los integrantes en aquel momento del Ejército argentino lo hizo propio.- De este modo, siguiendo esas directrices, que eran las mismas que operaban en todo el país argentino, el Grupo de Tareas 3.3.2 comenzó a operar en la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), concretamente en el edificio del casino de oficiales, lugar de alojamiento de todos los oficiales de la Armada con destino en la referida Escuela.- La dirección del GT 3.3.2 se encomendó al capitán de navío Mario, el teniente de navío Victorio y el Capitán del Corbeta Cosme, que fue designado subdirector de la E.S.M.A. y asumió el mando efectivo por delegación de Chamorro. Después de resultar herido en julio de 1976 Cosme fue sustituido por el capitán de fragata Marco Antonio, aunque de hecho el que dirigía el Grupo de Tareas era el capitán de corbeta Pelayo.- El Grupo de Tareas en principio estuvo integrado exclusivamente por miembros de la Armada, pronto incorporó para las labores de represión encomendadas, a funcionarios de la Policía federal, del servicio penitenciario de la Prefectura naval y del Ejército.- Se estructuraba en dos sectores: A) INTELIGENCIA: Sección de la ubicación y señalamiento de los objetivos, las personas a secuestrar. Los oficiales de inteligencia planificaban los operativos de secuestros, tenían a su cargo a los prisioneros durante toda su permanencia en la E.S.M.A., realizaban los interrogatorios junto con miembros de la policía e intervenían en la decisión de los «trasladados», es decir la desaparición definitiva de los secuestrados.- B) OPERACIONES: Tenían a su cargo la ejecución concreta de los secuestros, sustracción de automóviles, saqueo de viviendas. Operaban con los datos que les daba el Sector de Inteligencia. Mientras los detenidos son torturados, un grupo operativo estaba siempre dispuesto para salir a secuestrar a otras personas en cuanto obtenían datos por parte de aquéllos.- Participaban en este grupo oficiales y suboficiales de la Armada, algunos con asignación permanente y otros en calidad de rotativos. De este modo se pretendía involucrar al mayor número de oficiales en la lucha antisubversiva. Habiendo alcanzado la cifra de unos 1.500 oficiales los que rotaron por este Grupo de Tareas.- También integraban este sector miembros de la Policía Federal, del Servicio Penitenciario Federal, de la Prefectura Naval Argentina y de otras fuerzas, como el Ejército y la Fuerza Aérea. Este grupo recibía otros apoyos: C) LOGÍSTICO: Que se ocupa del apoyo y aprovisionamiento a los grupos operativos y del desarrollo de la infraestructura de GT 3.3.2, lo que incluía el mantenimiento del edificio y la administración de las finanzas.- D) También colaboraban con distintos cometidos en el GT 3.3.2 otros grupos de personas: – Guardias: cargo de un suboficial principal, a quien se llamaba primero «Pedro» (por tener las llaves de los candados de las esposas y grilletes) y luego «Pablo». Eran cumplidas por cabos 2, en su mayoría alumnos de la E.S.M.A., llamados «verdes» por el color de su uniforme. Eran jóvenes de entre 15 y 25 años. – Se encargaban de los desplazamientos de los detenidos-desaparecidos en el edificio de oficiales u otras dependencias de la E.S.M.A.; de llevar la comida a los prisioneros; llevarlos al baño y vigilar a los secuestrados en la «capucha», «pecera», el sótano, y en los distintos lugares donde éstos se encuentran reclusos. También golpeaban y maltrataban a los secuestrados en ocasiones.– Médicos: algunos médicos militares participaban en operativos de secuestro y en los interrogatorios controlando el estado de quienes eran torturados a fin de garantizar que se mantuviesen con vida para poder seguir infiriéndoles tormentos. - Se encargaban asimismo de controlar el embarazo y asistir al parto de las detenidas embarazadas.- En relación con la mecánica seguida por el grupo operativo, se planificaba la operación en una sala ubicada en la planta baja de la E.S.M.A., denominada «Dorado». Cuando la sección de Inteligencia reunía los datos para realizar un secuestro, lo comunicaba al jefe de Operaciones, quien convocaba a los miembros del grupo designado para operar. El Jefe del operativo se ponía en contacto con el Primer Cuerpo de Ejército, o con la jefatura de la subzona capital federal, que contactaba con las demás fuerzas y con la Policía informando de la presencia en el lugar de un







grupo operativo de la E.S.M.A., ordenando «área libre» o «zona liberada» (no intervenir) y, eventualmente, prestar apoyo.- El número de personas que componían los grupos variaba entre 8 y 25 personas; iban vestidos de civil y fuertemente armados en automóviles particulares sustraídos, y provistos de transmisores que les permitían comunicarse entre sí y con la base. Una vez que la víctima era detenida se la esposaba y arrojaba al capó del automóvil o al piso de la parte trasera. La columna se encaminaba entonces a la E.S.M.A. ingresando por la puerta principal de la avenida del Libertador.- Cuando se aproximaban en el vehículo a la entrada donde existía una barrera con la guardia, existía una comunicación con ellos a través de intercomunicadores se facilitaba una contraseña («selenio», nombre en clave con el se conocía a la ESMA) que provocaba la apertura de la barrera.- Los coches con los secuestrados accedían a la parte trasera del edificio de oficiales donde existían dos patios, lugar en el que aparcaban y los sacaban para introducirlos en el sótano. La primera actuación era la toma de los datos de los secuestrados para abrir una ficha de cada uno de ellos y después la asignación de un número que les marcaría durante toda su estancia en poder del Grupo de Tareas puesto que los detenidos eran nombrados siempre por ese número, despojándoles de sus identidades reales como parte del programa de actuación. Ello permitió determinar el número de detenidos que se hallaban en la ESMA en determinados periodos de tiempo puesto que la numeración partía del 001 hasta el 999 para volver a iniciarse nuevamente en el 001. En el año 1977, precisamente cuando el procesado se encontraba en la ESMA, fue tal la afluencia de secuestrados que hubo hasta tres numeraciones idénticas concurrentes.- Una vez cumplido el requisito «administrativo o burocrático», comenzaban los interrogatorios en las salas al efecto equipadas en el sótano (sala 13).- Se trataba de habitáculos con una cama metálica donde se hacía tumbar al detenido, se le ataba por los pies y por las manos y además de golpearle sistemáticamente, se le aplicaba la «picana» artilugio eléctrico ya descrito con el que se realizaban descargas en las distintas partes del cuerpo, siendo de especial crueldad cuando se aplicaba en los genitales de los secuestrados/as.- Al cabo de un tiempo, y dependiendo del desarrollo del interrogatorio, los torturados, siempre «encapuchados» o «tabicados» (con un antifaz en los ojos), esposados y con grilletes en los pies unidos por cadenas, de entre nueve y once eslabones, eran conducidos en caravana («trenecito»), por las únicas escaleras del edificio, hasta la tercera planta, donde se encontraba la zona conocida como «capucha» que abarcaba toda la cubierta del edificio de oficiales. Para ello atravesaban las otras plantas, encontrándose en la primera y segunda ubicadas las habitaciones de los oficiales de la ESMA conocidas como «camarotes». Precisamente las ventanas de estas habitaciones se encontraban sobre los patios de aparcamiento de la parte trasera del edificio de oficiales, lugar al que llegaban las columnas con los secuestrados.- En «capucha» existía un portón tras el cual se encontraba un puesto de guardia que autorizaba el acceso a la zona. Los detenidos, siempre en la situación descrita, eran introducidos en cubículos («cuchas») divididos entre sí por planchas de madera de dos metros de largo por setenta centímetros de alto. En el suelo del habitáculo había una colchoneta en la que debían permanecer sin moverse, sin hablar, con las esposas en las manos, grilletes en los pies y capucha sobre la cabeza. Las condiciones higiénicas y alimenticias eran mínimas. Para acudir al servicio era preciso solicitar permiso que podía concederse o no, en ocasiones todos debían utilizar un cubo que se les colocaba en el pasillo. En estas condiciones algunos detenidos permanecieron hasta dos y tres años mientras en el exterior se desarrollaba la «represión anti-subversiva» de los opositores al instaurado régimen militar consecuencia del golpe de Estado llevado a cabo en Argentina el 24 de marzo de 1976.-Al igual que en otros centros clandestinos de detención, en la E.S.M.A. se producían lo que se denominó tanto entre los ejecutores como entre los detenidos los «traslados». Se trataba del método empleado para eliminar físicamente a aquellos sobre cuyo destino final se había decidido debía ser la muerte. Así, los prisioneros eran seleccionados por un grupo de oficiales integrado por el director de la escuela, el jefe del Grupo de Tareas, los jefes de Inteligencia, Operaciones y logísticos, y algunos otros oficiales. El martes de cada semana se confeccionaba la lista de qué prisioneros se incluían en el «traslado» que se iba a producir al día siguiente, los miércoles, aunque excepcionalmente se produjeron también algunos «traslados» otros días de la semana (sábados) cuando existió una saturación de detenidos en la E.S.M.A. (algunos meses del año 1977).- De esta forma, el miércoles los prisioneros podían apreciar una mayor actividad en el edificio de oficiales. Los que ocupaban el sótano eran desalojados y obligados a subir a «capucha», hasta los guardias mostraban especial nerviosismo que se traducía en actuaciones más violentas que de costumbre. Los elegidos eran llamados por sus respectivos números, salían de las «cuchas» y les obligaban a formar lo que se ha denominado el «trenecito», fila de prisioneros encapuchados, esposados y «engrilletados», que debían caminar, arrastrando las cadenas, descender las escaleras, atravesando todas las plantas del edificio para llegar hasta el sótano, conducidos por los «verdes» y cruzándose permanentemente con los oficiales que habitaban el edificio. En este lugar, les era aplicada una primera inyección de pentotal, que llamaban «pentonaval», lo que les generaba una situación de semi-inconsciencia, momento en el que eran introducidos en una camión y trasladados hasta el sector militar del aeroparque de la ciudad de Buenos Aires. Allí se les subía a un avión, que iniciaba el vuelo sobrevolando el mar, después de inyectarles otra dosis de «pentonaval», eran despojados de sus ropas y arrojados vivos al mar.- Una vez regresaban a tierra los ejecutores del «traslado», se procedía a guardar la ropa de los secuestrados arrojados al mar, en una habitación («pañol») que se encontraba en la zona de «capucha». Esta ropa iba a ser utilizada por los otros prisioneros que permanecían vivos.- En ocasiones, bien durante la operación de secuestro, bien por la tortura o por otras causas se producían muertes que obligaban a deshacerse de los





cuerpos, lo que se llevaba a cabo fundamentalmente mediante los «asados», término utilizado para referirse a las cremaciones de los cadáveres. Para las incineraciones utilizaban productos y objetos inflamables que proporcionaba Automoción.- Entre los detenidos que fueron conducidos al edificio de oficiales de la E.S.M.A. también había mujeres embarazadas que dieron a luz en sus dependencias. Algunas de ellas sobrevivieron y otras muchas pasaron a engrosar la lista de desaparecidos. Algunos niños que nacieron en cautiverio fueron entregados a familias vinculadas con las fuerzas que ejercieron la represión y el exterminio. Así, uno de estos niños fue Conrado . El 23 de noviembre de 1977 sus padres, Damián, de 19 años, y Alicia, de 16, y embarazada de 5 meses, fueron secuestrados por un grupo que se identificó como «fuerzas conjunta» y llevados al centro clandestino de detención El Banco. De su padre no sabe nada más. Su madre fue llevada a la ESMA en diciembre de 1977, en marzo de 1978 nació él, permaneció junto a su madre 20 días, después ella fue «trasladada» y jamás volvió a saber de ella. Él fue entregado a un policía de inteligencia. Le llamaron Jose Miguel . Hasta el día 26 de enero de 2004, 25 años después de su nacimiento, no recuperó su verdadera identidad.- Ésta era la situación que se vivía en la E.S.M.A., concretamente en el edificio de oficiales, cuando llegó a este destino el procesado Agapito . Su destino permanente a la Escuela se publicó en el boletín del mes de octubre de 1976 (BNR 133/76). A su nuevo destino no se incorporó hasta unos días antes de las Navidades de 1976 y finalmente fue ascendido al grado de teniente de navío el día 30 de diciembre de 1976 cuando ya se encontraba allí. Al llegar, conociendo cuáles eran las actividades y la finalidad del Grupo de Tareas 3.3.2 pretendió formar parte del mismo (al que Pascual se había referido durante la reunión en el cine del Puerto Belgrano) sin embargo, y por motivos de servicio tuvo que conformarse con ser el jefe de electricidad, y posteriormente asumir la jefatura de Automoción. Lo que, de todas formas le permitió realizar tareas complementarias sabiendo que formaban parte necesaria de la ejecución del plan (reparar automóviles e instalaciones, entre otras).- Precisamente por su ocupación y por su condición de oficial por la que ocupaba una de las habitaciones denominadas «camarotes» situada en la planta primera del edificio de oficiales de la E.S.M.A. tenía pleno conocimiento de cuanto allí acontecía.- De este modo, el procesado Agapito , en el desarrollo de su actividad como jefe de electricidad, tuvo que subir a lo que se ha referido «capucha», al objeto de solucionar ciertos problemas con uno de los ventiladores allí existentes. Al desembocar la escalera y ante la puerta con guardia tuvo que despojarse de las insignias que portaba, y una vez que penetró en el recinto y en el pasillo pudo ver a una embarazada en avanzado estado de gestación, llevaba un camisón y un salto de cama, de ojos azules. Se trataba de Elisa . Ésta había sido secuestrada junto a su marido el 14 de mayo de 1976, por sus trabajos solidarios con los más desfavorecidos en zonas marginales de la capital (era psicopedagoga y su marido médico) fue llevada a la ESMA y fue la primera embarazada a la que vio el procesado Agapito conociendo en ese momento que entre los detenidos también había mujeres en cinta. Esto le provocó un importante impacto emocional (cuyo recuerdo le acompañaría muchos años después). Zaira tuvo un varón e inmediatamente fue «trasladada», nunca más se supo de ella, la familia biológica no supo nada más del niño que aquélla había tenido.- En otra ocasión, esta vez a principios del mes de febrero del año 1977 el procesado Agapito volvió a encontrar una embarazada en la zona de «capucha», tuvo que subir, esta vez por problemas con el ascensor. Frente a la puerta de la máquina del ascensor y en el interior de una de las habitaciones observó a una embarazada, quien después se supo era Virginia . Esta había sido secuestrada en el mes de junio de 1976 junto a su compañero y padre del hijo que esperaba, había sido torturada (aplicándole la «picana» por todo el cuerpo incluido los genitales aun conociendo su embarazo).- Durante sus visitas a «capucha», lugar al que subió en unas diez ocasiones, el procesado pudo comprobar el número de detenidos, como se hallaban distribuidos, la penosa situación en la que se encontraban, las capuchas, los grilletes, las esposas, el tremendo olor nauseabundo que impregnaba la zona, en definitiva todo cuanto se ha descrito más arriba y que vivieron los secuestrados que estuvieron en el centro clandestino de detención de la Escuela Mecánica de la Armada y que han sobrevivido y han podido prestar testimonio sobre ello: Aurelia , Antonio , Dolores , Guadalupe , Marta , Salvadora , Emilio , Gabino , María Virtudes , José , Candelaria , Encarna , Virginia , entre otros.- Respecto a los niños que nacían en la E.S.M.A. las familias de marinos que quisieran tener en adopción alguno de ellos debía conectar con el Grupo operativo. Esto se transmitió entre la oficialidad, en la cámara de oficiales se comentaba cuándo se producía algún nacimiento y si era varón o niña, etc.- El propio Agapito conoció con relación a estas «adopciones» como Marco Antonio se apropió de uno de estos niños, varón, hijo de María Angeles , y al que vio años después con el pequeño cuya identidad fue determinada en 1998, y que precisamente fue acompañado por los hijos de Feliciano al Tribunal argentino que conoció del caso.- El procesado Agapito tuvo igualmente conocimiento de lo que denominaron «asados» porque cada vez que se iba a realizar uno en la E.S.M.A. acudían al taller de automotores, del que él era máximo responsable, para solicitar cubiertas viejas, aceite de quemar, gasoil,... o bien un camión para el transporte de leña. También, esa cuestión era comentada en el salón de oficiales y en el curso de una comida, a la que Agapito asistió se comentó la duda de si alguno de los incinerados pudiera estar vivo por el movimiento del cuerpo a lo que uno de los médicos explicó que eso era debido al calor, que hacía contraerse los cuerpos dando la sensación de movimientos espasmódicos.- En el tiempo en que Agapito estuvo destinado en la E.S.M.A. se produjeron entre siete u ocho cremaciones de cuerpos («asados»). Del mismo modo, Agapito como el resto de oficiales que habitan en el edificio destinado a ellos, conocían las actividades que se desarrollaban en el sótano y que se han descrito más arriba. Incluso asistió





al interrogatorio y tortura que se realizó a una de las detenidas que había sido secuestrada en la universidad y que había sido trasladada a la E.S.M.A. Uno de los oficiales Diego al que conocían por « Birras » le invitó a presenciarlo: Se desarrolló en una de las salas del sótano, la chica estaba con capucha sin esposas ni grilletas, llevaba una falda negra y un suéter de color violeta, sentada sobre un somier metálico. En la sala se encontraba Victorio, « Birras », Jenaro y el procesado. Comenzaron a realizar el interrogatorio Victorio y Jenaro sobre su pertenencia a la organización de montoneros y relaciones, etc. La chica no respondía. En ese momento, Jenaro le aplicó la «picana» en el hombro. El interrogatorio continuaba. Le hicieron quitar el suéter y corpiño, volvieron a aplicarle el artilugio eléctrico, la chica comenzó a llorar. En ese momento concluyó el interrogatorio.- Días más tarde confirmaron al procesado que la chica había muerto y que había confesado ser una peligrosa montonera.- Agapito igualmente participó, actuando como chófer de un coche « Tomás », en el secuestro de una persona de identidad no determinada acaecido hacia mediados de 1977 en la zona de «Caballito» entre la Avda. Rivadavia y una calle transversal de Buenos Aires. El operativo lo componían 20 personas al mando del capitán Felicísimo e intervenía también el capitán Vidal. Por el nerviosismo que le produjo la situación tuvieron un accidente y al coche que conducía el procesado se le rompió el palier. El secuestrado fue llevado a la ESMA, sin que se sepa cuál fue su destino final.- Agapito, como jefe de los talleres de Automoción, tenía importantes funciones de asistencia a la actividad del Grupo Operativo, facilitaba vehículos y reparaba los que eran traídos, consecuencia de las detenciones y apoderamiento de ellos, eran denominados «recuperados». El propio procesado cifra el número de vehículos de los secuestrados, apropiados por el Grupo de Tareas 3.3.2, en el tiempo en que él estuvo en la ESMA, en 202. Incluyendo el coche del secuestrado Severino muy peculiar por su valor y características un «Ford Fairlane»; y, el de la familia Cipriano un Stanciera escolar naranja y amarillo, que él reparó y que finalmente volvió a recuperar la familia después de haber sido sustraído por Jose Carlos. - Pero no sólo por este hecho tenía pleno conocimiento de las operaciones que se realizaban, sino que también efectuaba guardias en la E.S.M.A. como oficial de guardia de la Escuela y por tanto conocía de forma aproximada las personas detenidas y los responsables, conocía quien entraba y salía del perímetro de la Escuela.- Finalmente, al igual que el noventa por ciento de los oficiales, Agapito, participó en dos de los llamados «vuelos de la muerte», involucrándose de este modo directamente en la ejecución del plan.- El primero tuvo lugar en la primera quincena del mes de junio de 1977, Elias le llamó y le dijo que estaba asignado a un vuelo, citándole a las cinco de la tarde en «Dorado» (salón del edificio de oficiales). No acudió uniformado, sino de civil, pues ésas eran las órdenes. Le comunicaron la composición de la columna y quién intervenía. En esta ocasión, la presidía Marco Antonio. A las siete de la tarde les hicieron ir al sótano. Allí estaban preparados la gente que iba a volar, a ser «trasladada». El número de personas eran 25 o 27.- En el sótano se encontraban los oficiales A. (« Canoso ».), Elias y Mauricio. El primero de ellos comunicó a los secuestrados que iban a ser trasladados al Sur y que por ello debían de ser vacunados por un médico. En ese momento les inyectaron la primera dosis de pentotal («pentonaal»). También les dijeron que tenían que estar contentos pues iban a ser pasados al Poder Ejecutivo Nacional, es decir, iban a adquirir la condición de detenidos legales lo que conllevaba que sus familiares conocerían de su paradero y tendrían los derechos inherentes a cualquier detención. Para que lo celebrasen y como una especial broma macabra les hicieron bailar con música brasileña.- Cuando hizo efecto el narcótico, la gente quedó en el suelo, sentados, tumbados o apoyados en las paredes. Después, los sacaron hasta un patio de estacionamiento, en la parte de atrás del edificio de oficiales, donde aguardaba un camión verde con lonas, allí los subieron y se les llevó al aeroparque, se trata de un aeroparque civil-militar que está dentro de la ciudad y muy próximo a la ESMA. Agapito, que se había adelantado y ya se encontraba en ese lugar, dijo que había problemas con el avión y que el vuelo debía ser dividido. Entonces, indicó qué oficiales iban a ir en uno y otro vuelo.- Un avión pequeño «Skyban» de Prefectura iba a realizar dos vuelos, para ello repartieron a los detenidos. En el primero junto a otros oficiales y un médico participó el procesado. Una vez en el aire el comandante ordenó aplicar una nueva dosis de pentotal («pentonaal») a los detenidos. Después el médico se trasladó a la cabina para no presenciar el lanzamiento de la gente al agua. Cuando había transcurrido una hora de vuelo, dirección Sur, encontrándose en alta mar, el comandante ordenó desvestir a los detenidos, guardar la ropa en bolsas que después habían de devolver en tierra y, finalmente, arrojar a los detenidos al mar, por la popa del avión. Todo ello se hizo por la tripulación del avión entre los que se encontraba Agapito. - Fueron trece las personas arrojadas al vacío, en estado de inconsciencia.- El procesado, mientras arrojaba a la gente al mar perdió el equilibrio y estuvo a punto de caer también él al vacío siendo evitado por otro de los oficiales, ese incidente le afectaría profundamente en el futuro.- Junto a Agapito en ese primer vuelo participaron Diego, Cecilio y un médico naval y miembros de la Prefectura naval no identificados.- El segundo vuelo se produjo en un sábado, mes y medio después del primero, en los primeros días del mes de agosto de 1977. El procesado iba a salir de fin de semana hacia Bahía Blanca, donde se encontraba su familia, sin embargo el vicealmirante Elias le ordenó suspender el viaje y efectuar el vuelo. Acudió directamente al sótano y sobre las siete de la tarde la columna salió de la E.S.M.A. al Aeroparque. En esta ocasión el número de personas que iban a ser «trasladadas», es decir, arrojadas al mar para que muriesen y desapareciesen, fue de diecisiete. El avión en el que las subieron era grande, un Lockheed «Electra», en el que iba un número importante de tripulantes. El método empleado fue el mismo y el resultado también, la muerte y la desaparición de todas las personas «trasladadas».- La ilícita actividad que desarrollo el Grupo de Tareas 3.3.2 se tradujo en un importe







número de detenidos y desaparecidos.- De las aproximadamente 20-30.000 personas desaparecidas durante la dictadura militar, unas 5.000 estuvieron detenidas, al menos en algún momento, en la Escuela de Mecánica de la Armada.- De estas personas constan identificadas en autos 248, que aún continúan desaparecidas o de las que consta fehacientemente su asesinato.- Igualmente constan en autos 129 personas que permanecieron detenidas en la ESMA y que fueron posteriormente liberadas con vida.- Existe constancia en autos del parto en la ESMA de 16 mujeres, cuyos hijos fueron separados de sus madres y de sus familias, sin que en algunos casos se haya podido averiguar su paradero y habiéndose averiguado posteriormente la identidad de otros, que habían sido entregados a otras personas, muchos años después.- Se tiene constancia de 193 prisioneros que estuvieron en la ESMA durante 1977 y que aún permanecen desaparecidos (excepto uno, Camilo, que ingresó posteriormente cadáver en la morgue). Conviene también precisar que, aunque no haya aparecido el cadáver, consta también acreditado el fallecimiento de Jacinto. El referido, Oficial de la Armada, que solicitó el pase a retiro en 1975 al ser conocedor de los planes sobre el golpe de Estado y no comulgar con los mismos, desapareció el 21 de marzo de 1977 cuando entró en el edificio Libertad, sede del comando jefe de la Armada, en Buenos Aires, para preguntar por el paradero de su suegro D. Carlos Antonio, catedrático de Derecho, abogado y ex- Fiscal federal. Entre los oficiales de la Armada se comentaba que el teniente Devoto había sido arrojado al mar en uno de los «vuelos de la muerte» en estado consciente, como excepción a la regla, por lo que se había considerado una «traición» a sus compañeros de la Armada.- Los referidos 193 prisioneros figuran en la siguiente lista ordenados por la fecha de su secuestro, añadiéndose, en los casos en que así consta, el folio de anexo y legajo de las listas de CONADEP donde figuran. Si bien algunos no han podido ser perfectamente identificados por sus nombres y apellidos, figurando única y exclusivamente por apodos o circunstancias personales identificativas.- PRISIONEROS QUE ESTUVIERON EN LA ESMA Y PERMANECEN DESAPARECIDOS, ORDENADOS POR FECHA DE SECUESTRO.

**Nº Nombre y apellido Apodo Fº Anexo Conadep Leg./n.º int Conadep Fecha Secuestro Fecha traslado**

- 1 «ADMINISTRADOR DE EDIFICIO DE DEPARTAMENTOS» 1977 2/78
- 2 Luis Enrique (o Cesar ) 164 1/77 o 3/77
- 3 Ofelia (Titi) 1/77
- 4 Jesús Luis 479 246 1/77
- 5 « Dionisio » 1/77 5 o 6/77
- 6 ( Pedro ) 1/77
- 7 Victor Manuel . 110 7678 2/1/77
- 8 Manuela 1455 10/1/77
- 9 Begoña 10/1/77
- 10 Mateo 202 224 10/1/77
- 11 Juan Ramón .) 395 5307 10/1/77
- 12 Emiliano . 160 4941 11/1/77
- 13 Roque . 54 4120 11/1/77
- 14 Baldomero . 34 6451 11/1/77
- 15 Belinda 436 4435 11/1/77
- 16 Santos 11/1/77
- 17 María Purificación , madre de JORGE 11/1/77
- 18 María Purificación 272 2948 11/1/77
- 19 Federico ) 335 749 11/1/77
- 20 Romulo 101 543 12/1/77
- 21 Alfredo 285 355 12/1/77
- 22 Gerardo 347 894 14/1/77
- 23 Sonia 401 3601 15/1/77
- 24 Jose Francisco 2661 15/1/77
- 25 Daniel ( Maximiliano ) 464 2033 18/1/77





- 26 Ángel Jesús 2414 21/1/77
- 27 Irene 149 6995 26/1/77 4/77
- 28 Gines ( Jose Augusto ) 220 1400 27/1/77
- 29 ( Efrain ) 2/77
- 30 Plácido . 92 3182 12/2/77
- 31 Alexander ( Chillon ) 4450 15/2/77 17/3/78
- 32 Felicísima 17/2/77
- 33 Milagrosa 136 551 23/2/77
- 34 Damaso ( Vicioso ) 435 2263 26/2/77
- 35 Primitivo ( Gallina ) 323 3541 26/2/77 Estuvo 3 meses apr.
- 36 Anibal . 105 26/2/77
- 37 Iván ( Mangatoros ) 27/2/77 6/77
- 38 Millonario ( Rana ) 2ª66 726 27/2/77
- 39 ( Felipe ) 3/77
- 40 (Rogelio) 3/77
- 41 (Manuel) 3/77
- 42 ( Triqui ) 3/77
- 43 ( Tiburon ) 3/77
- 44 ( Amadeo ) 3/77
- 45 (Teresa) 3/77
- 46 (Jorge) 3/77
- 47 Joaquín ( Cebollero ) 432 1/3/77
- 48 Juan Ignacio 1/3/77
- 49 Ezequiel 83 7389 1/3/77
- 50 Segundo ( Pelosblancos ) 143 636 1/3/77
- 51 Casiano ( Verrugas ) 3131 12/3/77
- 52 Mercedes 73 4883 14/3/77
- 53 Belen 2ª/233 16/3/77
- 54 Salvador 18/3/77
- 55 Benedicto 11 1099 20/3/77 30/3/77 ap.
- 56 Moises 11 1114 20/3/77 30/3/77 ap.
- 57 Alejandro 21/3/77
- 58 Ildefonso 64 129 21/3/77
- 59 Luis Pablo 89 4761 25/3/77
- 60 Trinidad 4761 25/3/77 1/4/77
- 61 Francisco 476 2587 25/3/77
- 62 Evangelina ( Picarona ) 350 2246 28/3/77
- 63 Juan Manuel 4/77
- 64 (Juan Manuel) 4/77
- 65 Agueda ( Perversa ) 311 3186 1/4/77
- 66 Hilario ( Juan Alberto ) 225 235 6855 1/4/77





- 67 Gregorio ( Pitufu ) 2442 1/4/77
- 68 ¿ Mantecas ? ( Pitufu ) 1/4/77
- 69 Aureliano 270 7112 1/4/77
- 70 Adolfinia ( Amatista ) 331 6005 1/4/77
- 71 Oscar ( Orejas ) 418 5774 7/4/77
- 72 Bartolomé 287 2807 11/4/77
- 73 Modesta de 325 5101 11/4/77
- 74 Carla 400 4411 14/4/77
- 75 Patricia ( Coro ) 343 4769 15/4/77 aprox
- 76 Serafin 370 2776 16/4/77
- 77 ( Marí Trini ) 28/4/77
- 78 ( Juana ) ? 5/77
- 79 ( Ismael ) 5/77
- 80 Pedro Francisco ( Bucanero ) 2ª/34 5774 5/77
- 81 ( Julián ) 5/77
- 82 Jorge (o Virutas ) de 136 3640 1/5/77
- 83 ( Zurdo ) 4/5/77
- 84 María Dolores 664 7/5/77
- 85 Avelino . ( Cabezon ) 55 9/5/77
- 86 Prudencio 7231 12/5/77 9/77
- 87 Cayetano ( Chipiron ) 277 640 15/5/77
- 88 Petra ( Rubia ) 443 7355 15/5/77
- 89 Enma ( Zafiro ) 7648 18/5/77
- 90 María Esther 16 746 19/5/77
- 91 Carlos Jesús 228 747 19/5/77
- 92 Jeronimo 106 6433 25/5/77
- 93 Martina 231 839 27/5/77
- 94 Adriano ( Rata ) 413 841 27/5/77
- 95 Maximo ( Farsante ) 398 4429 28/5/77
- 96 Ceferino 4914 6/77
- 97 ( Esteban ) 6/77
- 98 Luis Alberto 6/77
- 99 Héctor 6/77
- 100 Casilda 475 7028 12/6/77
- 101 Braulio (José) 183 7030 12/6/77
- 102 Sixto de 171 7031 12/6/77 10/8/77
- 103 Evelio 231 8324 13/6/77 7/7/77
- 104 Almudena 239 1273 13/6/77 17/6/77
- 105 Marisol 60 347 16/6/77
- 106 Pedro Antonio 473 3153 16/6/77 7/7/77
- 107 Leonardo 343 2978 18/6/77







- 108 Elisabeth 343 2078 18/6/77
- 109 Carmelo 444 876 29/6/77
- 110 (Julia) 7/77
- 111 Victorino 7/77
- 112 Ángela 2076 13/7/77
- 113 Inocencio 437 15/7/77
- 114 Alejo ( Turquesa ) 248 4384 17/7/77 8/77
- 115 Alexis 231 4657 18/7/77 20/8/77 ingresa cadáver en morgue
- 116 Claudia ( Visitacion ) 361 5161 18/7/77 14/2/78
- 117 Jose Ignacio 19/7/77
- 118 Lorena (Cecilia) 1768 19/7/77
- 119 Humberto 20/7/77 8/77
- 120 NOVIA Humberto 20/7/77 8/77
- 121 Bienvenido 4356 22/7/77 8 ó 9/77
- 122 Teodosio 792 22/7/77 8 ó 9/77
- 123 Segismundo 273 1068 30/7/77
- 124 Rocío 374 445 30/7/77 2/78
- 125 Gumersindo 2528 30/7/77 8 ó 9/77
- 126 Arturo (pareja oriunda de Río Negro) 247 4137 1/8/77 8/77
- 127 Josefa (pareja Río .Negro) 16 4138 1/8/77 8/77
- 128 Diana 17 4915 18/8/77
- 129 Marcelino 8/77
- 130 Ovidio 4913 8/77
- 131 Andrea 1147 4/8/77 8 ó 9/77
- 132 Gabriel 1142 4/8/77 8 ó 9/77
- 133 Abelardo 164 2620 5/8/77
- 134 Sebastián 117 3418 10/8/77 9/77
- 135 Valentina de 2ª/104 7207 10/8/77 2ª quinc. 9/77
- 136 Jesús (Matías) 408 9001 13/8/77
- 137 Cristobal ( Mangatoros ) 263 13/8/77 8 ó 9/77
- 138 Juan Luis ( Botines ) 377 3529 14/8/77 9/11/77
- 139 Rosaura Juana 428 3528 14/8/77
- 140 Jose Daniel 322 3480 14/8/77 9/77
- 141 Marcial 362 15/8/77
- 142 Maribel 109 1887 16/8/77
- 143 Felix ( Gatita ) 311 4914 18/8/77 14/2/78
- 144 Artemio 169 8234 19/8/77
- 145 Jose Enrique 58 2425/ 7433 9/77
- 146 Remigio 9/77
- 147 ( Palmira ) 9/77 11/77
- 148 (Mariana) 9/77





- 149 ( Agustina ) 9/77  
150 (Patricia) 9/77  
151 «RADIOAFICIONADO» 9/77  
152 María Milagros 175 3869 11/9/77  
153 Lázaro 79 822 11/9/77  
154 Paloma ( Cristal ) 306 3564 18/9/77  
155 Heraclio ( Trolera ) 306 3565 18/9/77  
156 NOVIA DE M. ( Rosa ) 18/9/77  
157 Santiago ( Avispado ) 182 7025 19/9/77  
158 Landelino 19 19/9/77  
159 Faustino 19/9/77  
160 Yolanda . 19/9/77  
161 Cornelio 374 4566 23/9/77  
162 Amador 414 10/77  
163 Penélope 347 7285 5/10/77  
164 Jesús Manuel 157 5423 6/10/77 2/78  
165 ( Jose Luis ) 6/10/77 11 ó 12/77  
166 ( Rodrigo ) 6/10/77 11 ó 12/77  
167 Luciano ( Chiquito ) 105 4546 7/10/77  
168 Rosario ( Cotorra ) 16/10/77 17/10/77  
169 Justa ( Bombi ) 276 20/10/77 4/78  
170 Obdulio 11/77  
171 Ignacio ( Mosca ) 128 641 16/11/77 26/4/78  
172 Josefina (Angela) 452 20 18/11/77  
173 Justiniano ( Duquesa ) 329 22/11/77  
174 Eugenia ( Bicha ) 14 3479 23/11/77  
175 (Pablito) 12/77 2/78  
176 SOBRINO de Jesús María 12/77 o 1/78  
177 SOBRINA de Jesús María 12/77 o 1/78  
178 MARCELO 12/77 3/78  
179 Blanca ( Flaca ) 168 748 4/12/77 2/78  
180 Isidro 172 559 6/12/77  
181 Fulgencio ( Everardo ) 91 7/12/77  
182 Benita 9 4676 8/12/77  
183 Eva María 40 1396 8/12/77  
184 Isaac 53 1394 8/12/77  
185 Rubia 70 1399 8/12/77  
186 Azucena 4686 8/12/77  
187 Virgilio 149 1395 8/12/77  
188 Ramón 172 17 8/12/77  
189 Jesus Miguel . 1397 8/12/77





190 Constanza . 331 1398 8/12/77

191 Bárbara 361 5740 8/12/77

192 Hortensia 147 4676 10/12/77

193 Virtudes . 470 1386 10/12/77

*93 prisioneros pasaron por la ESMA y fueron liberados posteriormente. Todos ellos, o bien fueron secuestrados en 1976 y liberados en 1977 o fechas posteriores, o bien fueron secuestrados a lo largo del referido año 1977, lo que significa que todos ellos permanecieron secuestrados en la ESMA cuando el acusado Agapito ocupaba cargo de responsabilidad en dicha institución.- Lista de prisioneros que pasaron por la ESMA y fueron liberados, ordenados por fecha de secuestro*

*APELLIDO Y NOMBRE Apodo Fº Anexo Conadep Legajo Cona-dep Fecha secuestro Fecha libertad*

1 Maximino ( Chapas ) 2ª 46 6/76 1978

2 Araceli ( Loca ) 220 7055 26/6/76 1978

3 Romeo ( Chato ) 2ª 29 9/76 11/78

4 MIGUEL ANGEL ( Carlos Daniel ) 537 2ª 86 2843 14/10/76 1979

5 Clemencia Rosa 2ª 71 15/10/76 1978

6 Clara ( Mora ) 2ª 104 16/10/76 1978

7 Constancio ( Gotico ) 18/10/76 1978

8 Elisenda ( Bajita ) 20/10/76 1978

9 Eloisa ( Pitusa ) 2ª 62 20/10/76 1978

10 Lucas ( Chili ) 571 20/10/76 19/1/79

11 Estrella ( Tigresa ) 588 2ª 48 21/10/76 1978

12 Sergio 2ª 58 26/11/76 1978

13 Valentín ( Pesetero ) 2ª 109 12/76 1978

14 Juan María ( Leon ) 9/12/76 1978

15 Abilio 16/12/76 6/1/77

16 Blas 16/12/76 6/1/77

17 Doroteo 16/12/76 6/1/77

18 Fabio 16/12/76 6/1/77

19 SILVIA ( Condesa ) 29/12/76 6/78

20 Nicolas , 1977

21 Tatiana 2886 1/77 20/4/77 aprox.

22 Sandra 5/1/77 Pocos días

23 Pablo Jesús 5/1/77 Pocos días

24 Benigno (Manuel) 2ª 79 10/1/77

25 JUAN ALBERTO (Gabriel) 2ª 72 10/1/77 8/78

26 Florentino 4170 11/1/77

27 Marí Jose ( Severiano ) 2ª 116 1809 11/1/77

28 Pedro Jesús ( Cachas ) 2ª 76 13/1/77

29 Amalia de 13/1/77 1/77

30 Eladio , hija 2ª 77 13/1/77 1/77

31 Eladio , hija 13/1/77 1/77

32 Marcos . 2ª 77 8029 14/1/77 5/78







- 33 Luis Angel . 14/1/77 18/3/77
- 34 Consuelo 7648 16/1/77 9/2/77
- 35 Cipriano 16/1/77 6/3/77
- 36 Rogelio 16/1/77 9/2/77
- 37 Mariola ( Topacio ) 842 1293 26/1/77 26/1/79
- 38 Alvaro (Emilio) 2298 27/2/77
- 39 Horacio 1/3/77 6/77
- 40 Carlos Ramón (Serafín) Nº 896 2675 10/3/77 13/12/78
- 41 Dimas Nº 895 10/3/77 12/3/77
- 42 Zulima ( Gansa ) 2ª 136 11/3/77 25/7/78
- 43 María Inés ( Espinela )  
Nº 914 4442 18/3/77 19/12/78
- 44 Cristina 5678 26/3/77 Fines 4/77
- 45 Cesareo 28/4/77 7/5/77
- 46 Víctor . 2ª 106 3596 29/4/77 20/12/78
- 47 Maite ,Sra. de 5/77
- 48 Ernesto 7/5/77 31/5/77
- 49 Piedad ( Torero ) 4482 7/5/77 25/10/78
- 50 Susana ( Lechugera ), Nº 090 2365 13/5/77 a Esma 3/78 10/1/79 sale de Esma
- 51 Apolonio ( Pulga ) 14/5/77 1979
- 52 Apolonia 4167 14/5/77 25/5/77
- 53 Celestina ( Chata ) Nº 288 2ª 126 3967 14/5/77 19/12/78
- 54 Simón ( Tuercebotas ) 2ª 74 7190 19/5/77 19/1/79
- 55 Eduardo ( Limpiabotas ) 2ª 51 7389 19/5/77 12/3/79
- 56 Pedro Enrique , ( Capazorras ) 26/5/77
- 57 Natalia ( Lagarterana ) 324 2ª 97 5307 28/5/77 19/1/79
- 58 Octavio 6/77
- 59 María Rosa 12/6/77 15/6/77
- 60 Alejandra 13/6/77 11/2/78
- 61 Ezequias 13/6/77 11/2/78
- 62 Debora ( Cardo ) 2ª 108 4477 15/6/77 25/10/78
- 63 Fermín ( Corretejaos ) 2ª 104 10/8/77 1978
- 64 Isabel ( Graciosa ) 10/8/77 1978
- 65 ( Rosa ) 10/8/77 1978
- 66 (Ramiro) 2ª 23 10/8/77 1978
- 67 Nicolasa (María) 416 2ª 82 7095 15/8/77 12/78
- 68 Emma ( Tulipan ) Nº 420 1983 16/8/77 12/78
- 69 Fructuoso ( Largo ) 16/8/77 1978
- 70 JORGE (hijo) 4016 21/8/77 8/7/78
- 71 JORGE (padre) 21/8/77 8/7/78
- 72 Arcadio 21/8/77 8/7/78





- 73 Noelia 4979 9/77 11/10/77  
 74 Jose Antonio 9/77  
 75 Julio ( Zanagollas ) 9/77  
 76 Constantino ( Sordo ) N° 747 2851 7/9/77 1980  
 77 Ascension 7/9/77  
 78 Esther (Mónica) N° 481 2ª 130 21/9/77  
 79 Mariana 4979 30/9/77 11/10/77  
 80 Desiderio 2ª 37 10/77 1978  
 81 Tarsila 2685 16/10/77 17/10/77  
 82 Elvira (Victoria) 008 2ª 56 4816 18/10/77 20/4/79  
 83 Borja ( Patatero ) 028 2ª 71 21/10/77  
 84 Alberto (Fermín) 1920 27/10/77  
 85 Luis Carlos 2ª 125 11/77 11/77  
 86 Rafael ( Romualdo ) 17/11/77  
 87 Africa ( Morrines ) 25/11/77 8/1/79  
 88 Carlos Alberto ( Bola )  
 N° 049 2ª 62 6810 15/12/77 19/7/78  
 89 Leonor (Elena)  
 046 2ª 115 6975 15/12/77 19/1/79  
 90 Ángel Daniel ( Tiburon ) 2ª 112 6972 16/12/77 24/3/79  
 91 Aida ( Pulpo ) 2ª 97 6973 16/12/77 21/3/79  
 92 Graciela 1719 21/12/77 27/12/77  
 93 Bruno 2ª 106 7388 21/12/77 27/12/77

*De todas estas personas que estuvieron detenidas en la ESMA durante la actividad del acusado S. en dicho centro, eran españoles, al menos, 14 ciudadanos.*

*LISTA DE CIUDADANOS ESPAÑOLES QUE PERMANECIERON PRESOS EN LA ESMA DURANTE EL TIEMPO DE DESTINO DE Agapito EN DICHO CENTRO*

**APELLIDO Y NOMBRE**

- 1 Mateo
- 2 María Purificación
- 3 Luis Pablo
- 4 Trinidad
- 5 María Esther (de H.)
- 6 Carlos Jesús
- 7 Ángela (de P.)
- 8 Cornelio
- 9 Amador
- 10 Penélope
- 11 Blanca (de Valenzuela)
- 12 Isidro
- 13 Constanza .





## 14 Eugenia

De dichas víctimas, tenía nacionalidad exclusivamente española Luis Pablo y doble nacionalidad los restantes. -Asimismo fueron sustraídos, y continúan desaparecidos, los hijos de las detenidas españolas Ángela, Coro Penélope, y Eugenia. -Tercero.- Agapito era mayor de edad penal en el momento de cometerse los hechos y no consta que tuviera antecedentes penales.

**Segundo.-** La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"**FALLO.-** CONDENA a Agapito como autor responsable de un delito de lesa humanidad: 1º con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; 2º con también realización de detención ilegal a la pena de 5 años de privación de libertad; 3º con causación de tortura grave igualmente a la pena de 5 años de privación de libertad.- Como accesoria de las anteriores penas la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena.- Las anteriores penas fijadas tendrán el límite de cumplimiento previsto en el art. 70.2 del Código Penal, Texto Refundido de 1973, vigente en la época de producción de los hechos.- 3.- Acuerda que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas le sea tenido en cuenta al condenado el tiempo que ha permanecido en prisión preventiva por esta causa y ello siempre que ésta no le haya sido imputada para la extinción de otras responsabilidades." (sic)

**Tercero.-** Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de Forma, por las representaciones del acusado Agapito y de las Acusaciones Particulares (en escrito de formalización conjunto): Zaira, Antonia, Antonia, Estibaliz, Gema, Isidora, Loreto, María, Matilde, Mónica, Nuria, Laureano, Rafaela, Rita, Sabina, Soledad, Melchor, Verónica, la Asociación Libre de Abogados, Asociación contra la Tortura, Asociación Pro-Derechos Humanos de España, Iniciativa Per Catalunya, Confederación Intersindical Galega, Federación de Asociaciones de Abogados "Libertad y Defensa" y la Comisión de Solidaridad de Familiares, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Cuarto.-** El recurso interpuesto por la representación del recurrente Agapito se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

- 1.- Por el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e infracción de la regla 10 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y el artículo 6 CEDH, derecho a un Juez imparcial.
- 2.- Por infracción de Ley, artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción del artículo 219, 10 y 225 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 10 y 24 de la Constitución Española y artículo 6 del CEDH, derecho un proceso con todas las garantías.
- 3.- Por el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el párrafo 4º de la Ley Procesal citada, por quebrantamiento de forma, al haber denegado la Sala, en el Auto de 9 de diciembre de 2004, las diligencias de prueba que en el desarrollo del Motivo se consignarán, propuestas en tiempo y forma por la parte en el escrito de calificación provisional, siendo rechazadas sin la suficiente justificación.
- 4.- Por el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incongruencia omisiva, cuestión que se incardina en los artículos 24,1, 53,3 y 120,3 de la Constitución Española.
- 5.- Por 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de Ley y aplicación indebida del artículo 607 bis del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 del Código Penal y con los artículos 9.3; 17.1 y 25.1 de la Constitución Española.
- 6.- Por el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e infracción del artículo 24 de la Constitución Española, derecho a la presunción de inocencia.

**Quinto.-** El recurso interpuesto por la representación del recurrente la Acusación Particular Zaira Y OTROS se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

- 1.- Por el artículo 849.1º, infracción de Ley, indebida aplicación del artículo 607 bis del Código Penal e indebida aplicación del artículo 607 del mismo Código Penal.
- 2.- Por el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 8 del Código Penal (concurso de normas) e inaplicación indebida del artículo 73 (concurso real de delitos) y, por consiguiente, inaplicación indebida del artículo 572 del Código Penal.
- 3.- Por el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 28 ó subsidiariamente del artículo 29 del Código Penal en relación con los artículos 607 y 572 del Código Penal.







4.- Por el artículo 849.1º e inaplicación del artículo 73 del Código Penal en relación con el artículo 607 bis del Código Penal.

**Sexto.**- Instruido el Ministerio Fiscal, las partes recurrentes entre si y la parte recurrida; quedaron conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Séptimo.**- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día dos de Julio de dos mil siete. Dictándose posteriormente un auto de prórroga para dictar sentencia, con fecha diez de Julio de dos mil siete, por sesenta días hábiles.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.**- Una vez formalizado el recurso de casación, el recurrente Agapito ha dirigido a esta Sala varios escritos, carentes de firma de Procurador y de Letrado, en los que, además de exponer su desacuerdo con la asistencia letrada de la que disponía y solicitar el nombramiento de un nuevo letrado de oficio al considerar deficiente la actuación del designado, se refería a la abstención o recusación de algunos Magistrados de esta Sala, pretendía la aportación de nuevos documentos, solicitaba la suspensión del recurso de casación sobre la base de la nulidad planteada ante la Audiencia Nacional, e incluso planteaba la nulidad de lo actuado ante esta misma Sala. Todos los escritos fueron debidamente proveídos denegando lo solicitado, lo que ahora se ratifica.

Sin perjuicio de los defectos formales apreciables en los escritos presentados, y de que todos ellos encontraron una respuesta negativa, conviene realizar una breve referencia a las cuestiones planteadas. En cuanto a la abstención o recusación de algunos Magistrados de esta Sala, una vez acordada la resolución de este recurso por el Pleno de la Sala, el recurrente no planteó la recusación de ninguno de sus integrantes.

En lo que se refiere a la designación de un nuevo letrado de oficio en sustitución del ya nombrado, sin perjuicio de la siempre posible designación por parte del recurrente, no resultaba pertinente, no solo porque objetivamente no se aprecian deficiencias en la intervención del letrado que suscribe los escritos dirigidos a esta Sala, sino porque el recurrente no aportó otras razones que su disconformidad sin razonamiento alguno verificable.

En cuanto a la nulidad solicitada respecto de lo actuado ante esta Sala, no se apreció indefensión alguna en el curso de la tramitación que la pudiera justificar. Tampoco resultaba procedente la suspensión de la tramitación del recurso de casación. Como es bien sabido, en relación con ambos aspectos, el recurso de casación no prevé la aportación de nuevas pruebas sobre los hechos objeto del proceso, pues la revisión se efectúa sobre el proceso y sobre la sentencia en relación con los motivos de casación oportunamente anunciados y formalizados. Lo cual ya había sido realizado por el recurrente con el contenido que seguidamente se verá.

Recurso de Agapito

**PRIMERO.**- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de lesa humanidad con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; con realización de una detención ilegal a la pena de cinco años de prisión y con causación de una tortura grave a la pena de cinco años de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia la vulneración del derecho a un Juez imparcial, invocando el artículo 852 de la LECrim y el artículo 219.10 de la LOPJ, así como el artículo 24 de la CE y el artículo 6 del CEDH. Afirma que el procedimiento ha sido instruido por un Juez comprometido con el ideario de las acusaciones particulares y de quienes actúan como acusaciones populares. Señala que el instructor de la causa prologó un libro de Rafael Flores titulado "Otumba" en el año 2000, en el que se contienen valoraciones jurídicas sobre el fondo del asunto totalmente inculpatorias. Que planteó la recusación en junio de 2000 y que posteriormente fue alegando nuevos hechos en apoyo de esa recusación, entre ellos, la intervención activa en el asunto Pinochet, su relación con un testigo de la acusación y una conferencia pronunciada en Argentina en diciembre de 2001, de cuyas palabras iniciales se deducen los vínculos del instructor con el pueblo argentino y por extensión con alguna de las organizaciones personadas en la causa. Asimismo hace referencia a hechos posteriores a la sentencia.

1. El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10. La doctrina del Tribunal Constitucional, después de algunas sentencias que lo situaban en el marco del derecho al juez legal, ha establecido que el derecho a un Juez imparcial forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución.





Es claro que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad del juzgador, aunque ésta también venga asegurada por las normas que regulan el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuanto que impide la designación de jueces ad hoc. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, como tercero no condicionado por ningún prejuicio, bien sea derivado de su contacto anterior con el objeto del proceso o bien de su relación con las partes. En cualquier caso, las dudas sobre la justicia de la decisión pueden estar objetivamente justificadas si se basan en la apariencia de un prejuicio previo respecto de la culpabilidad del acusado. Es por eso que el Juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga, respecto a la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt).

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el thema decidendi y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, F. 3; 157/1993, de 6 de mayo, F. 2; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; 11/2000, de 17 de enero, F. 4; y 52/2001, de 26 de febrero, F. 3; 154/2001, de 2 de julio, F. 3, y 155/2002, de 22 de julio, F. 2). La necesidad de que el Juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes "supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra", (STC nº 38/2003, de 27 de febrero).

El TEDH se ha referido al punto de vista del acusado respecto de la imparcialidad del Tribunal, para decir que aunque su visión de la cuestión es importante, no es sin embargo decisiva. Mayor importancia ha concedido al hecho de que sus sospechas puedan valorarse como objetivamente justificadas. (Entre otras en la STEDH de 25 septiembre 2001, Caso Kizilöz contra Turquía; en la STEDH de 25 julio 2002 Caso Perote Pellón contra España, y en la STEDH de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero c. España).

La misma línea ha seguido el Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2001, de 17 de marzo, con cita de otras muchas resoluciones, recordaba que "para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas".

3. La cuestión ha de examinarse con atención a las características del caso concreto.

En el caso, se plantea respecto del Juez instructor de la causa. Es cierto que las características de la fase instructora en el proceso penal requieren de la imparcialidad del Juez responsable de su dirección, en cuanto que debe hacer constar todas las circunstancias adversas y las favorables al imputado (artículo 2 de la LECrim), y está autorizado para adoptar decisiones tanto acerca de la situación personal y patrimonial del acusado como sobre la marcha del proceso, las cuales exigen en quien las adopta la posición característica del tercero no interesado. En este sentido, en la STC nº 69/2001 se decía que "aunque el contenido de la garantía constitucional de imparcialidad del Juez de Instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal, no sea idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento (pues habrá de ponerse en conexión con las resoluciones o determinaciones que concretamente haya adoptado en un determinado asunto), es también exigible a aquél en la medida en que en esta fase del proceso penal, tal y como viene diseñado en nuestras leyes procesales, ha de resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de tomar determinaciones que pueden afectar a los intereses o derechos fundamentales de las partes (así ocurre con los Autos de prisión o libertad provisional, de procesamiento, de sobreseimiento o de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado por ejemplo), sobre las cuales ha de exigirse la previa condición de que el Juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral".





También es cierto que determinados posicionamientos públicos que exceden de lo estrictamente jurisdiccional, o dicho de otra forma, que superan la mera emisión de criterios jurisdiccionales de carácter general, por parte de quienes cumplen la función de instructores de las causas penales podrían hacer surgir en el imputado una sospecha razonable acerca de la imparcialidad del instructor en el momento de la adopción de determinadas decisiones, lo que podría afectar negativamente al derecho a un proceso justo.

No obstante, en contra de lo que sucede cuando se trata del órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento, que debe decidir sin condicionamientos acerca de la pretensión de condena, es claro que las propias circunstancias de la investigación pueden hacer nacer en el instructor un cierto prejuicio relativo a la culpabilidad del imputado, lo cual, de otro lado, si bien determina la imposibilidad de que el instructor forme parte del Tribunal del juicio, no le inhabilita para continuar con su labor. De forma que, aun cuando pueda sospecharse de la existencia de prejuicios en el Juez instructor acerca de la culpabilidad del imputado como consecuencia de la investigación, ello no le impediría continuar con la dirección de aquella. Es más, esos conocimientos podrían determinar legítimamente el sentido de sus futuras decisiones respecto de la instrucción.

Otra cosa podría suceder si la predisposición en contra de la persona del imputado tuviera un origen extraprocesal, pues ello exigiría una revisión más detenida de las decisiones adoptadas.

Sin perjuicio de que en esa fase tales actuaciones tendrían un valor solo provisional en cuanto en su mayoría serían susceptibles de recurso, y, además, que el resultado de la investigación tendría que ser valorado por el órgano responsable del enjuiciamiento tras su incorporación como prueba al juicio oral, las exigencias de la imparcialidad del instructor se refieren más bien a su actitud en el desarrollo de la instrucción, en el sentido de que no sería admisible desde la perspectiva constitucional y legal una predisposición en contra del imputado que colocara a éste en una situación de inferioridad durante esa fase, que pudiera traducirse en la injustificada denegación de diligencias, en la adopción de medidas cautelares asimismo injustificadas o en el enfoque de la instrucción exclusivamente en su contra.

4. En este aspecto, y aunque al menos en el ámbito penal siempre sea recomendable una mínima discreción, no puede valorarse como una expresión de falta de imparcialidad la expresión pública de un criterio dogmático o de una posición contraria a crímenes tan graves como aquellos a los que se refiere esta causa, pues ello se produce con independencia de la participación en ellos del entonces imputado y ahora condenado y recurrente, respecto de lo cual no consta ningún pronunciamiento concreto del instructor distinto del que pudiera derivarse del resultado de las diligencias practicadas en la causa.

Por otro lado, como ya se ha dicho, las pruebas a tener en cuenta en el enjuiciamiento son las practicadas en el juicio oral. Y, en este sentido y finalmente, no se precisa en el motivo cuáles han sido las decisiones del instructor que, estando afectadas por la denunciada falta de imparcialidad según el criterio del recurrente, le hubieran podido causar alguna clase de indefensión con relevancia en el momento del dictado de la sentencia.

Por todo ello, el motivo se desestima.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo del recurso, con invocación del artículo 852 de la LECrim en relación con el artículo 219.10 y 225 de la LOPJ, 10 y 24 de la CE y 6 del CEDH, denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Se queja de que el órgano que tramitó el incidente de recusación lo resolvió rechazándolo y denegando diligencias de prueba sin conferir al Ministerio Fiscal el preceptivo trámite de audiencia, desestimando la nulidad interesada por el Fiscal, decisión que fue luego confirmada en queja por la Audiencia.

1. El motivo no puede ser estimado. El Ministerio Fiscal ha interesado su desestimación, lo que revela que la falta de audiencia en el momento preciso no le ha impedido cumplir sus funciones sin perjuicio irreparable para los derechos individuales o para su posición en el proceso. No se aprecia, por otra parte, en qué ha podido afectar negativamente a la posición del recurrente, que tuvo oportunidad de hacer oír su pretensión en el momento procesal correspondiente. Una eventual anulación de las actuaciones no repercutiría en una mejor defensa de los intereses del recurrente, que no han sido menoscabados en el aspecto procesal ni en el sustantivo. De todos modos, la cuestión relativa al fondo de la recusación ha sido desestimada en el anterior motivo.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

**TERCERO.-** En el tercer motivo, al amparo del artículo 850.1º de la LECrim, se queja de la denegación de varias diligencias de prueba propuestas en las conclusiones provisionales. El Tribunal denegó la mayoría de las propuestas, dado que las consideró innecesarias.





1. El derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba procedentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento el derecho a utilizar medios de prueba tiene rango constitucional al venir consagrado expresamente en el artículo 24 de la Constitución de forma independiente, aunque en realidad podría considerarse comprendido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim.

Consiguientemente, es un derecho fundamental. Sin embargo, no es un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 792.1 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC nº 70/2002, de 3 de abril). Por ello, el motivo podrá prosperar cuando la prueba, o la suspensión del juicio ante la imposibilidad de su práctica, se haya denegado injustificadamente, y cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 357/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre y 1/1996, de 15 de febrero; 37/2000, de 14 de febrero).

2. La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785.1 y 786.2 de la LECrim en su redacción actualmente vigente, (anteriores artículos 792.1 y 793.2), cuando se trate de Procedimiento Abreviado. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

3. Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS nº 1591/2001, de 10 de diciembre y STS nº 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS nº 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

4. En el caso, el recurrente no precisa cuáles eran las pruebas que le fueron denegadas, lo cual en realidad no supondría un obstáculo para su queja, dado que esta Sala puede comprobarlo. Sin embargo, no contiene el motivo alegación alguna relativa a la trascendencia que cada una de las pruebas concretas que le fueron denegadas, una vez acreditada la posibilidad de proceder a su práctica, hubiera podido tener para el sentido del fallo. Esta omisión priva a la Sala del conocimiento de los argumentos que pudieran asistir al recurrente para sostener que tales pruebas eran pertinentes y necesarias según la visión correspondiente al momento de su proposición, así como desde una perspectiva posterior a la práctica del abundante material probatorio. Tampoco se hace referencia alguna a las posibles consecuencias que pudieran haber tenido en el sentido del fallo la práctica de cada una de las pruebas propuestas y denegadas.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

**CUARTO.-** En el cuarto motivo denuncia incongruencia omisiva, en cuanto que en su escrito de conclusiones dice haber planteado la nulidad de las actuaciones por once motivos sin que haya tenido respuesta.

1. El vicio de incongruencia ha de ser entendido como un desajuste material entre el fallo judicial y los términos en los cuales las partes formulan sus pretensiones.

Constituye doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que este derecho "incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuzgada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal







se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental", (STC 67/2001, de 17 de marzo).

En ese sentido, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que "la congruencia exigible, desde la perspectiva del respeto al derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE, comprende la obtención de una respuesta razonada a las pretensiones de las partes, pero no un razonamiento autónomo y pormenorizado a todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustenten". También se ha mantenido constantemente que "las exigencias derivadas de aquel precepto constitucional han de entenderse cumplidas en la denominada motivación implícita y no sólo y necesariamente en la expresa o manifiesta". (STC 70/2002, de 3 abril y STC 189/2001, de 24 de septiembre).

Esta Sala, por su parte, en doctrina recogida, entre otras, en las Sentencias de 28 de marzo de 1994, 18 de diciembre de 1996, 23 de enero, 11 de marzo y 29 de abril de 1997, y STS nº 1288/99, de 20 de setiembre, ha señalado que es preciso que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos: A) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada siendo suficiente una respuesta global genérica (según los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1996); B) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida (SSTC núms. 169/1994; 91/1995; y 143/1995), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 263/1993; y SSTs de 9 de junio y 1 de julio de 1997).

2. El recurrente se limita a quejarse de forma genérica de la falta de respuesta a su pretensión. No se refiere expresamente a las cuestiones que concretamente planteó ni a la trascendencia que su resolución pudiera tener para el fallo. Ni siquiera precisa cuáles son las cuestiones que entiende que no han sido resueltas en la sentencia. De todos modos, lo que planteó, según dice ahora, fue la nulidad de las actuaciones, lo cual es respondido implícitamente en la sentencia en cuanto examina y resuelve sobre las cuestiones de fondo, de modo que es incompatible con cualquier pronunciamiento que no fuera la desestimación de aquella pretensión del recurrente.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

**QUINTO.-** En el motivo sexto denuncia la vulneración de la presunción de inocencia. Señala que la sentencia se basa predominantemente en su autoinculpación, rectificada posteriormente tanto en el Juzgado como ante el Tribunal. Aunque exista prueba de unos hechos ocurridos en Argentina, no se ha acreditado la participación del recurrente. No existen declaraciones en las que manifieste que interviniera personalmente en treinta muertes y no existen pruebas de las detenciones ilegales ni de las torturas. Se queja de que se le condena como autor, sin que se realice ningún razonamiento sobre ello.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que tenga un contenido suficientemente incriminatorio como para desvirtuar racionalmente aquella presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

Cuando se alega en el recurso de casación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.





Tal revisión no implica una nueva valoración de una prueba que esta Sala no ha presenciado, sino la verificación de la racionalidad del proceso valorativo efectuado en la instancia tal como viene expuesto en la sentencia, teniendo en cuenta las alegaciones de los recurrentes.

2. El recurrente ha sido condenado como autor de treinta muertes alevosas por su intervención en dos vuelos en los que fueron arrojados al mar treinta personas. Como autor de un delito de detención ilegal, por su participación en el secuestro de una persona no identificada, como conductor del vehículo utilizado en la acción. Y como autor de un delito de tortura en cuanto presenció un interrogatorio a una mujer que fue sometida a malos tratos.

Es cierto, como dice el recurrente, que la prueba principal sobre su participación ha sido su autoinculpación ante el Juez en la fase de instrucción. También lo es que esas declaraciones fueron luego rectificadas en la misma instrucción y después en el juicio oral alegando haber mentido sobre aspectos verificables para demostrar después que no se había ajustado a la verdad al autoinculparse. Asimismo sostiene haber sido engañado para prestar declaración.

En los casos en los que el imputado, como aquí ocurre, presta distintas declaraciones algunas de ellas autoinculpatorias, el control sobre la racionalidad del proceso valorativo aconseja verificar la existencia de corroboraciones que aporten elementos de apoyo a alguna de las versiones.

El Tribunal no solo ha tenido en cuenta sus declaraciones autoinculpatorias, sino también las declaraciones de algunos testigos víctimas de los hechos que relatan aspectos fácticos de lo ocurrido en la ESMA coincidentes con la versión del recurrente; la inconsistencia de sus rectificaciones, habiéndose verificado la inexactitud de alguna coartada; y la existencia de elementos de corroboración de sus afirmaciones en cuanto a su participación en los hechos.

3. Los elementos de corroboración se refieren a sus manifestaciones relativas a su participación en dos de los llamados vuelos de la muerte en los que se privó de la vida a treinta personas. El recurrente, tal como ya había hecho ante las autoridades judiciales argentinas, reconoció ante el Juez de instrucción su intervención en los mismos en el curso de una amplia declaración prestada con todas las garantías. Aunque después lo negó, sin embargo otro reconocimiento de los mismos hechos había sido realizado muchos años antes en circunstancias en nada relacionadas con la persecución penal en España de los hechos enjuiciados. Así, en la sentencia se mencionan varias cartas, escritas y remitidas por el propio recurrente, cuya autenticidad se establece, en las que tiempo antes también se había referido a tales vuelos. Una de ellas es una carta de solicitud de reconsideración de la decisión comunicada por la Dirección de Personal de la Armada Argentina de 7 de octubre de 1985 por la que le comunican que le declaran "no propuesto para función directiva -definitivo". En ella, de fecha 10 de octubre de 1985, explica el recurrente por qué habló durante la entrevista con la Plana Mayor de la Escuela de Guerra Naval del sueño que se le repetía en el que caía de un avión en vuelo, lo cual dificultaba su descanso. Explicaba el recurrente que ello tenía su origen en un suceso que le ocurriera durante un vuelo que se realizó a bordo de un Skyvan de la Prefectura Naval en 1977 en cumplimiento de las tareas relacionadas con la guerra contra la subversión, y mientras la aeronave tenía la compuerta abierta, perdió pie y estuvo a punto de caer al vacío.

A este mismo suceso se refirió, con todos los detalles tal como luego lo relató ante el Juez, en otra carta dirigida al General Videla fechada el 26 de febrero de 1991, de la que dio traslado mediante otra carta el 4 de marzo de 1991 al Jefe del Estado Mayor de la Armada, en la que reconoce haber participado en dos vuelos de la muerte, los cuales relata pormenorizadamente en la misma, según se recoge en la sentencia impugnada.

En 1995, remitió otra carta al Expresidente Marino en la que se refiere, entre otras cosas, a haber revistado en la ESMA y reconocer que se habían impartido órdenes inmorales, matando a treinta personas.

El Tribunal ha valorado que las dudas planteadas por el recurrente al rectificar sus declaraciones anteriores se resuelven en atención a que los mismos hechos entonces reconocidos ya habían sido aceptados en 1985 y 1991 en distintas cartas, por razones que nada tenían que ver con las actuaciones judiciales tramitadas en España. Se trata de una valoración razonable, pues efectivamente no se ha aportado otra explicación a su mencionado reconocimiento que la realidad de los hechos aceptados.

4. En cuanto a las coartadas que según dice prefabricó al introducir en su relato hechos y aspectos falsos con la finalidad de que pudieran ser comprobados posteriormente, se ha verificado su inexactitud. El silencio del acusado o una versión falsa de lo ocurrido no puede convertirse en única prueba de cargo. Sin embargo, cuando existen pruebas de cargo su efecto incriminatorio puede ser desvirtuado por medio de una explicación adecuada por parte del acusado. Si la que aporta como verdadera resulta ser falsa, o incluso si no aporta versión alguna, cuando resulte demandada por las pruebas en su contra, puede entenderse razonablemente que no existe una explicación alternativa a la que se desprende del conjunto de la prueba de cargo.





En el caso, afirma, entre otras cosas, que el avión SKYVAN que manifestó que se había utilizado en uno de los vuelos, no es apto para arrojar los cuerpos al vacío durante el vuelo, pues no era posible la apertura de las puertas, lo que demuestra la falsedad de su reconocimiento del hecho. Sin embargo, la pericial, cuyo contenido se recoge en la sentencia, desvirtúa esas afirmaciones, y acredita la idoneidad de esa aeronave para realizar los hechos que el recurrente describió en su momento. Igualmente respecto a la otra aeronave a la que se había referido, Lockheed Electra.

5. Respecto de las detenciones ilegales, su versión se refuerza indirectamente como resultado de los elementos de corroboración respecto de los otros hechos reconocidos. Asimismo, su presencia y funciones en la ESMA y el hecho admitido y acreditado por la testifical y documental respecto a la existencia de numerosas personas privadas ilegalmente de libertad en sus dependencias.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

**SEXTO.-** En el motivo quinto del recurso, con apoyo en el artículo 8491º de la LECrim, denuncia la aplicación indebida del artículo 607 bis en relación con los artículos 1 y 2 del Código Penal y 9.3, 17.1 y 25.2 de la Constitución. Se queja el recurrente de haber sido condenado como autor de un delito que solo es sancionado en el Código Penal después de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, como consecuencia de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para la cual rige, además, el principio de irretroactividad de la Ley penal. Esta norma incorporada al Código Penal se aplica a hechos ocurridos desde 1976 a 1981, cuando en ese momento no estaba tipificado en nuestro ordenamiento. Señala que la Audiencia acude a la costumbre internacional alegando que ese delito ya existía al cometerse los hechos. Sin embargo, entiende que la justicia universal ha de aplicarse sin vulnerar el derecho interno, de manera que el delito de lesa humanidad no puede aplicarse a hechos anteriores a su vigencia en nuestro Derecho interno. La introducción a través de la costumbre internacional supondría vulnerar el principio de legalidad y los de tipicidad, analogía e irretroactividad. Invoca asimismo el principio de legalidad de delitos y penas.

1. 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.

2. 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.

3. En la sentencia impugnada se sostiene que el artículo 607 bis viene a incorporar una norma previa de Derecho Internacional Penal consuetudinario. Niega el recurrente la posibilidad de aplicación directa de las normas de Derecho Internacional Penal.

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. Se han traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra la Humanidad, y genocidio. La definición de estos delitos no siempre ha alcanzado la necesaria precisión, sobre todo en cuestiones relativas a algunas de sus modalidades y concretamente respecto del crimen de agresión, pero la esencia de las conductas prohibidas más relevantes en cuanto se refieren a la violación de los derechos Humanos individuales ha quedado suficientemente establecida. Se trata de hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares, siempre ejecutados, como se ha dicho, desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o de una organización similar, que son aprovechadas por los autores no solo para facilitar la ejecución sino también para procurar la impunidad. Generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas vinculadas de alguna forma al ejercicio abusivo, y por lo tanto ilegítimo, del poder.

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. Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Maertens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza.

Aunque el elemento de contexto, que caracteriza a estos delitos frente a las infracciones comunes, se identificó en un principio, y por razones obvias, (Acuerdo de Londres y Estatuto del Tribunal de Nuremberg) con un nexo de guerra, pronto fue abandonada tal configuración. Ya en la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia [Artículo 1.b)] a los crímenes de lesa humanidad "cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, ...". Pronto fue sustituido, ya en algunas sentencias de Tribunales alemanes que después de la Segunda Guerra Mundial aplicaron la Ley del Consejo de Control nº 10, por la valoración de un elemento de poder o supremacía en el autor, vinculado con el poder del Estado o de una organización similar, que le permita actuar a gran escala. Aunque aparece posteriormente en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el propio Tribunal lo ha interpretado como un requerimiento de su jurisdicción y no como un elemento del crimen contra la Humanidad, tal como ya resultaba de la citada Convención de 1968. Esta misma línea interpretativa ha sido seguida después por Tribunales nacionales. Así, el Tribunal Supremo francés en 1985, en el Caso Barbie; la Corte Suprema holandesa en 1981, en el Caso Menten; o la Corte Suprema de Canadá en 1994, en el Caso Finta. Tal exigencia tampoco aparece en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En la actualidad, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, tampoco exige un nexo de guerra en la definición de los crímenes contra la Humanidad. Estas consideraciones relacionadas con su origen permiten reconocer a estas normas, en cuanto constituyen las bases normativas para la protección de los Derechos Humanos, algunos efectos diferentes a los de otras que también forman parte del Derecho Internacional Penal, pero que vienen referidas a la persecución internacional de otras conductas delictivas previamente contempladas a nivel interno y que solo posteriormente han sido incorporadas a instrumentos internacionales.

4. 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.

En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas conforme al "derecho" nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales.

De todos modos, el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI.

Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa.

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.

5. De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*. Consiguientemente, tanto las normas de derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional, aunque en alguna ocasión apreció dificultades para la aplicación del método teleológico en la interpretación (STC 237/2005), en otras lo ha admitido expresa o implícitamente (STC 111/1993, STC 120/2000 y STC 63/2005, tal como son citadas en la STS 645/2006, de 20 de junio, FJ 6º).

En el mismo sentido, como derecho internacional consuetudinario, deben tenerse en cuenta los criterios contenidos en las sentencias de los Tribunales internacionales, y de otros Tribunales nacionales, especialmente cuando se pronuncian sobre delitos respecto de los que no existe jurisprudencia interna.

6. 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.

Sin embargo, de ahí no se desprende que una condena por estos hechos suponga en todo caso una vulneración del principio de legalidad.

Desde un punto de vista material, como hemos dicho más arriba, el principio de legalidad exige la previsibilidad de la sanción penal como consecuencia de la ejecución de una determinada conducta.

No es posible aceptar que el acusado recurrente no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos descritos en el hecho probado, de extraordinaria gravedad en atención a los bienes jurídicos que seriamente





lesionan, y también en consideración a la forma en que lo hacen, eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina, como se recoge en la sentencia impugnada, como en España, o como en cualquier país civilizado. Asimismo, la legislación vigente en ambos países preveía las correspondientes penas que, en Argentina, incluso podrían llegar en algunos casos a la reclusión perpetua.

Desde esa perspectiva, la previsibilidad objetiva de una sanción penal para las conductas enjuiciadas es indiscutible.

Por otro lado, la ley no prohíbe sino que exige que el Tribunal tenga en cuenta la gravedad del hecho para la individualización de la pena, y aunque es necesario acudir a criterios jurídicos adecuados al ordenamiento, no es preciso que la valoración se base en circunstancias expresamente contempladas en la ley. Han de tenerse en cuenta, en este sentido, los bienes jurídicos lesionados y además que los hechos fueron ejecutados amparándose los autores en el poder detentado tras un golpe de Estado; que estaban orientados a asegurar la instauración de un régimen violentamente antidemocrático mediante la eliminación física de la disidencia activa, y que fueron desarrollados en secreto y en situación de clandestinidad. Su carácter delictivo no ofrece dudas, ni pudo ofrecerlas entonces a sus autores. La relevancia de las circunstancias en las que los hechos perseguidos fueron ejecutados tampoco es dudosa ni lo era entonces.

Consecuentemente, y aunque deba ser absuelto del delito de tortura, pues en la fecha de los hechos tal conducta no aparecía aún en el Código Penal español, en el que se introdujo en el artículo 204 bis por la Ley 31/1978, de 17 de julio, la condena por delitos de asesinato y detención ilegal, así como la valoración de las circunstancias relevantes en orden a establecer la gravedad en el marco legal vigente al tiempo de ejecución de los hechos, no vulneraría el principio de legalidad, que sin embargo, de un lado impide acudir a un tipo delictivo no vigente en la fecha de comisión, salvo el caso en que fuera más favorable, y de otro haría imposible imponer una pena superior a la prevista entonces para aquellos delitos.

7. Por otra parte, la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos. En este sentido, deben ser tenidos en cuenta especialmente, entre otros elementos, y en relación con lo dicho más arriba, el Acuerdo de Londres y el Estatuto de Nuremberg, que ya consideraron crímenes contra la Humanidad el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal; la Convención para la prevención y represión del genocidio; la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la Humanidad, que excluye el nexo de guerra como elemento de los crímenes contra la Humanidad; y la Resolución de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973, en la que se declaró expresamente que los crímenes contra la Humanidad serían perseguidos y no podrán quedar impunes.

Además, las normas contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el CEDH de 1950 y del PIDCP de 1966, reconocían de forma radical el derecho a la vida y a la libertad; la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes o de las detenciones arbitrarias; y el derecho al proceso debido frente a acusaciones de carácter penal.

Y por otro lado, el Estado Argentino estaba comprometido internacionalmente en la protección de los Derechos Humanos desde el comienzo mismo del desarrollo de estos en la comunidad internacional una vez finalizada la Segunda guerra mundial (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948).

8. El delito de lesa humanidad fue introducido en el Código Penal español por medio de la Ley Orgánica 15/2003. Se define como un delito contra la comunidad internacional y se compone de una serie de conductas básicas, de las cuales, en lo que aquí interesa, la causación dolosa de la muerte de otra persona o las detenciones ilegales, ya eran delictivas como delitos ordinarios con anterioridad. Su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto. Son éstas, según el artículo 607 bis del Código Penal, el que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien cuando se cometan 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 o bien, se cometan 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. La pena máxima prevista





es la de prisión de veinte años y un día a treinta años cuando el autor cause la muerte a una persona y concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139 del mismo Código Penal.

9. De todos modos, las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal. No es preciso examinar aquí la cuestión de la prescripción, pues en todo caso no transcurrieron veinte años desde los hechos hasta la querrela o hasta el acuerdo del Juez para citar como imputado al recurrente.

10. En conclusión puede señalarse que: A) La causación dolosa de la muerte de otras personas, así como las detenciones ilegales, estaban previstas como conductas delictivas en el momento de la comisión de los hechos, tanto en Argentina como en España. B) Las circunstancias relevantes concurrentes en un hecho delictivo, aun cuando no sean típicas, son valorables en el enjuiciamiento, siempre que se acuda a criterios adecuados jurídicamente al ordenamiento. C) El elemento de contexto característico de los crímenes contra la Humanidad estaba reconocido internacionalmente en el momento de los hechos con límites suficientemente definidos. D) Las conductas enjuiciadas constituían en ese momento crímenes contra la Humanidad según el Derecho Penal Internacional consuetudinario. E) La voluntad de perseguir penalmente esta clase de hechos (asesinatos, detenciones ilegales y otros) cuando concurre el elemento de contexto, estaba establecida internacionalmente de forma generalizada en normas de Derecho Penal Internacional consuetudinario, al menos desde la creación de los Tribunales internacionales tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

**SEPTIMO.-** 1. Establecida la previsibilidad de la sanción penal, calificados los hechos como delitos de asesinato y detención ilegal, la cuestión se desplaza entonces al terreno de la perseguibilidad. Es claro que los hechos cometidos eran entonces perseguibles como tales delitos de asesinato u homicidio o detenciones ilegales por los Tribunales argentinos. No lo eran por los Tribunales españoles. En el momento de los hechos no existía ninguna norma que extendiera la jurisdicción de los Tribunales españoles extraterritorialmente en atención a la calificación del hecho delictivo como asesinato o detención ilegal. Tampoco en la actualidad tal previsión existe, pues aunque la LOPJ atiende en ocasiones a la identidad del sujeto pasivo, no insta un principio de personalidad pasiva con carácter general sobre la base de la calificación jurídica del hecho perseguido.

Debe indagarse, sin embargo, si el principio de jurisdicción universal recogido en el artículo 23.4 de la LOPJ permite a la jurisdicción española conocer de hechos que internacionalmente deben ser considerados como crímenes contra la Humanidad.

La jurisdicción universal incondicionada es inobjetable cuando tiene su origen en un Convenio Internacional o en una decisión de los órganos de Naciones Unidas. De no ser así, es conveniente la existencia de un elemento de conexión con los intereses nacionales que evite actuaciones desproporcionadas y justifique internacionalmente de forma suficiente la intervención de los órganos del Poder Judicial de un Estado respecto de hechos que han tenido lugar en el territorio sometido a la soberanía de otro Estado. Así se sostuvo en la STS 327/2003, mediante una interpretación sistemática y teleológica del artículo 23.4 de la LOPJ, la cual fue posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional en la STC 237/2005, en la que, sin embargo, ha entendido (STC 237/2005) que el artículo 23 de la LOPJ insta un "principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución", y aunque admita, sin identificarlas, probables restricciones, éstas probablemente han de venir relacionadas con la circunstancia de que los hechos ya sean perseguidos por los Tribunales del territorio donde los hechos ocurrieron.

De todos modos, en el caso actual tal conexión existe de forma indiscutible. Existen víctimas españolas en el ámbito del ataque generalizado y de la persecución, y el acusado se encuentra en España.

2. La aplicación de normas relativas al alcance de la jurisdicción en el ámbito internacional a hechos anteriores a su vigencia no ha planteado problemas insolubles cuando se trata de delitos que atentan a los Derechos Humanos esenciales. En este sentido, la creación de Tribunales por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas demuestra que la inexistencia de una norma que atribuya la jurisdicción con carácter previo al hecho no





impide el enjuiciamiento. El acento se ha puesto en la naturaleza de los hechos y no en la fecha de constitución del Tribunal.

De otro lado, como ya se ha dicho, la interpretación deberá orientarse teleológicamente de forma favorable a la efectiva protección de aquellos derechos, con el límite impuesto por el significado literal del texto de la norma.

3. La determinación del ámbito de extensión extraterritorial de la jurisdicción española se encomienda a normas de orden procesal u orgánico. En ellas, la determinación de la perseguibilidad internacional de hechos cometidos fuera del territorio nacional no siempre toma como referencia el tipo delictivo, aunque a veces lo haga. En ocasiones la razón de la perseguibilidad, tal como se establece en la ley que determina la extensión de la jurisdicción, se encuentra en circunstancias extrañas al tipo, que la Ley tiene en cuenta expresamente, pero que, sin embargo, no forman parte de él. Los ejemplos son numerosos. Así, las falsificaciones (*cualquier otra falsificación*) es perseguible aun cometida fuera del territorio nacional cuando perjudique directamente el crédito o intereses del Estado, artículo 23.3.f) LOPJ. El apartado 2 del mismo artículo 23, basa la perseguibilidad en el elemento, fuera del tipo, consistente en que los criminalmente responsables sean españoles o extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad con posterioridad al hecho.

4. En relación con las conductas enjuiciadas, aun cuando la tipicidad y la pena a tener en cuenta, a causa de los límites impuestos por el principio de legalidad, sean las propias del asesinato o de la detención ilegal, el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del Código Penal vigente.

La condena por los Tribunales españoles no podría utilizar formalmente el nomen iuris "*crímenes de lesa Humanidad*" como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis del Código Penal, ni imponer las penas previstas en esa norma, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal, que, por sus circunstancias constituyen internacionalmente, o constituirían según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la Humanidad.

4. El artículo 23.4 de la LOPJ no se refiere expresamente a los crímenes contra la Humanidad. Sí lo hace al genocidio. Y por la vía del apartado h) es posible entender que es aplicable a los crímenes de guerra contemplados en los Convenios de Ginebra. Tampoco contiene una mención expresa al crimen de agresión, probablemente porque aún no existe un consenso internacional suficiente para su definición.

En principio no parece razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los Tribunales internos respecto de los crímenes contra la Humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos. La incorporación de estos delitos al Código Penal por medio de la Ley Orgánica 15/2003, si se tienen en cuenta sus características y la razón de la modificación, tampoco parece razonable limitar su aplicación a los que se cometieran en España.

5. Además pueden ser tenidas en cuenta otras disposiciones que revelan la disposición del Estado español a prestar su contribución a la persecución de esta clase de crímenes internacionales.

Tras las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 827 (1993) y 955 (1994) por las que se crean los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda, incorporadas al ordenamiento interno mediante su publicación en el BOE, en las que se preveía la jurisdicción concurrente de los respectivos Tribunales internacionales y de los Tribunales nacionales, las leyes Orgánicas 15/1994 y 4/1998 establecieron la cooperación española con esos Tribunales, competentes para el enjuiciamiento de crímenes contra la Humanidad.

La Ley Orgánica 6/2000 autorizó la ratificación por España del Estatuto de la CPI, y recogió en la Exposición de Motivos que "la Resolución de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1973, declaró que los crímenes contra la Humanidad serían perseguidos y no podrán quedar impunes".

El Instrumento de ratificación del Estatuto de la CPI, publicado en el BOE de 27 de mayo de 2002, recoge el preámbulo del mismo, en el que se dice que se tiene presente que en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad, se reconoce que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, se afirma que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo, y se recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Es cierto que el funcionamiento de la Corte se orienta hacia el futuro al excluir su jurisdicción respecto de hechos anteriores,







pero tal limitación se refiere exclusivamente a su propia jurisdicción, sin que pueda extenderse a una previsión de inacción de cualquier país respecto de hechos anteriores constitutivos de delitos contra los Derechos Humanos.

La Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, reguló la cooperación con la CPI.

6. Finalmente, la prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la Humanidad es apreciable una profunda similitud, no solo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español. Como luego se verá, cuando tienen lugar los hechos enjuiciados, el delito de genocidio ya era perseguible por los Tribunales españoles fuera cual fuera el lugar de comisión.

Nada impide, pues, una interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ, en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles.

**OCTAVO.-** De acuerdo con las anteriores consideraciones, no se vulnera el principio de legalidad si la condena se impone por hechos que constituían delitos de asesinato y detención ilegal en el momento de su comisión, tanto conforme al derecho interno español como al argentino, pues la previsibilidad de la punibilidad era indiscutible. En segundo lugar, la previsión internacional relativa a la persecución y castigo de conductas constitutivas de crímenes contra la Humanidad era notoriamente anterior en el tiempo a los hechos enjuiciados, por lo que su valoración tampoco vulnera el referido principio. En tercer lugar, no puede aplicarse un tipo delictivo posterior a los hechos salvo si es más favorable, ni congruentemente puede imponerse una pena superior a la prevista por la ley en el momento de su comisión.

Partiendo de los tipos delictivos de asesinato y detención ilegal, las circunstancias relevantes que los acompañan y caracterizan, pueden ser tenidas en cuenta para justificar la extensión extraterritorial de la jurisdicción española. En el caso, tales circunstancias, aunque no puedan ser valoradas como elementos del tipo a los efectos de aplicación del artículo 607 bis, permiten considerar los hechos constitutivos de asesinatos y detenciones ilegales declarados probados en la sentencia de instancia como crímenes contra la Humanidad. Las previsiones del Derecho Internacional Penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales. Nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal.

Consecuentemente, el motivo se estima parcialmente en cuanto no resulta de aplicación el artículo 607 bis del Código Penal. Se dictará segunda sentencia en la que, absolviendo por el delito de tortura, se condenará al recurrente como autor de 30 delitos de asesinato y de un delito de detención ilegal, sin perjuicio de lo que después se dirá respecto a otros delitos imputados por la acusación particular recurrente.

**NOVENO.-** Resta considerar en cuanto a los efectos de la anterior decisión, si es de aplicación el Código de 1973, derogado, en atención a la fecha de los hechos o si resulta más favorable el Código vigente.

Dado que la condena se impone por treinta delitos de asesinato debe precisarse el máximo de cumplimiento efectivo.

El Código Penal de 1973 establecía en el artículo 70 un máximo de cumplimiento del triple de la más grave de las penas impuestas con un límite de 30 años. Esta Sala, en STS nº 197/2006, de 27 de febrero, ha entendido que los beneficios penitenciarios, especialmente los relativos a la redención de penas por el trabajo, deberán computarse en relación a cada una de las penas impuestas sucesivamente hasta el máximo señalado en la ley. De esta forma, previsiblemente la pena impuesta se traducirá en un cumplimiento efectivo del máximo legal.

El Código Penal vigente, en el artículo 76, además de establecer el límite del triple de la más grave de las impuestas, establece distintos límites máximos de cumplimiento, que se concretan en 25 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o mas delitos y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión de hasta veinte años, lo cual ocurre en el caso, toda vez que el delito de asesinato tiene señalada una pena comprendida entre quince y veinte años (artículo 139.1 CP).

En consecuencia, en principio, y a pesar de no haber sido oído el acusado sobre este particular, resulta más beneficioso el Código Penal vigente.

**Recurso de Zaira y otros**





**DECIMO.-** Los recurrentes muestran su disconformidad con los argumentos que utiliza la Audiencia para desestimar la calificación de los hechos como un delito de genocidio. Sostiene que, al contrario de lo que ocurre con el genocidio, los crímenes contra la Humanidad siempre estuvieron ligados a un contexto bélico, consideración que se refuerza con las referencias del tipo a la población civil. Ambos delitos tienen un origen común pero se diferencian en que en los crímenes contra la humanidad la conducta se comete contra bienes jurídicos individuales en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil y con conocimiento de ese ataque, mientras que el genocidio, aunque también se comete el atentado a bienes personales se exige específicamente la finalidad de destrucción del grupo.

Rechaza los argumentos del Tribunal que sostiene que en el momento de los hechos y hasta la entrada en vigor del artículo 607 bis era correcta su tipificación como genocidio, ya que hasta entonces solo existía como crimen contra la humanidad el genocidio. La actualidad permite una mejor calificación. La acusación recurrente afirma que si era posible calificar los hechos como genocidio al iniciar la causa, también debería serlo ahora. Entiende que el propósito era eliminar a un "grupo nacional" existente en Argentina constituido por aquellos que por su forma de pensar, actividades, relaciones o adscripción política resultaban incompatibles con su proyecto político y social.

Se refiere la sentencia a la eliminación física de toda aquella parte de la ciudadanía incompatible con su proyecto político y social. Por lo tanto, eliminación de un grupo nacional. Hace hincapié en la frase "eliminación física del grupo nacional opositor a su ideología o a su proyecto". En la sentencia se especifican las características que reúne el grupo al que califica como grupo nacional. Las víctimas fueron seleccionadas por su pertenencia al grupo. Se refiere a la identificación del grupo atendiendo al criterio del autor.

1. La alegación de los recurrentes respecto al nexo de guerra debe entenderse desestimada a la vista de las consideraciones ya realizadas. Es cierto que volvió a aparecer expresamente en la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo que podría explicar algunas dudas acerca de su exigencia como elemento del delito en la época en la que ocurrieron los hechos. Sin embargo, y como ya se ha dicho más arriba, el propio Tribunal entendió que era un elemento delimitativo de la jurisdicción del Tribunal y no un elemento del delito contra la Humanidad siendo innecesario desde Nuremberg establecer un nexo entre los crímenes contra la Humanidad y los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra (Prosecutor v. Dusko Tadic).

2. La diferencia esencial entre los crímenes contra la Humanidad, y el delito de genocidio es la limitación de los grupos perseguidos y especialmente la exigencia de la intención o propósito de destruir al grupo parcial o totalmente que es elemento del segundo de ellos.

El delito de genocidio se introduce en la legislación española mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en cuya Exposición de Motivos se hacía referencia expresa a la finalidad de incorporación al Código Penal español del contenido de la Convención para la prevención y sanción del genocidio de 9 de diciembre de 1948, a la que España se había adherido el 13 de setiembre de 1968. Ello se tradujo en un nuevo artículo 137 bis en el que se definía el genocidio como la comisión de determinadas conductas, cuya gravedad determinaba la pena, ejecutadas con el propósito de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional étnico, social o religioso. A pesar de que, como se ha dicho, la voluntad expresa del legislador era la incorporación a la ley española de la referida Convención, el texto se redactó de forma diferente, voluntariamente o no, pues en el original la referencia a los grupos protegidos se concretaba en los de carácter nacional, étnico, racial y religioso. Las diferencias fueron resueltas por la Ley Orgánica 8/1983, que rectificó la redacción original para acomodarla a la literalidad de la Convención, manteniéndose después el nuevo texto, en este párrafo primero, en el artículo 607 del Código Penal vigente.

Los elementos del delito de genocidio son, de un lado la conducta objetiva constituida por uno de los actos enumerados en el precepto; de otro lado, el elemento subjetivo referido a la necesidad del dolo en la ejecución de tales actos; y, finalmente, un elemento de intención especial consistente en el propósito de destruir, total o parcialmente uno de los grupos protegidos. Como antes se ha dicho, éste es el elemento que distingue el genocidio de los demás crímenes contra la Humanidad, y, concretamente en nuestro Derecho, el que lo diferencia de los crímenes de lesa humanidad del artículo 607 bis del Código Penal, aunque entre uno y otros exista una evidente similitud.

Las motivaciones concretas de cada uno de los autores, o de éstos en su conjunto, para la ejecución de la conducta resultan irrelevantes, pues lo decisivo es la identificación del grupo y la voluntad final de destrucción del mismo. Dicho de otra forma, es intrascendente que las razones de exterminar un grupo nacional, étnico, racial o religioso sean nacionales, étnicas, raciales o religiosas o sean cualesquiera otras diferentes; lo que importa es que el grupo se identifique y se diferencie de otros por razones nacionales, étnicas, raciales o religiosas, y que los individuos sean perseguidos por su pertenencia real o aparente a tal grupo, con la finalidad de lograr la destrucción del mismo.





3. En cuanto a la posibilidad de su persecución por Tribunales españoles, el genocidio se introdujo en el Código Penal español dentro de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, cuya persecución extraterritorial era posible de conformidad con el artículo 336 de la LOPJ de 1870. Aunque la inclusión del genocidio dentro de los delitos contra seguridad exterior del Estado pudiera plantear algunas dudas respecto a su corrección material, la influencia que en la interpretación de las normas de Derecho interno puede reconocerse a los principios del derecho internacional penal, contribuyen a reforzar la conclusión favorable a la perseguibilidad internacional de esta clase de hechos.

4. Las cuestiones que han suscitado mayores controversias en relación con el delito de genocidio son, de un lado, las relativas a la identificación de los grupos protegidos, especialmente en relación a la posibilidad de considerar incluidos los grupos políticos o ideológicos, y, de otro lado, las que hacen referencia a la acreditación del propósito destructivo dirigido contra un grupo y no contra sus integrantes individualmente considerados.

En relación a la primera, y aunque en la versión española no se ha incorporado totalmente el texto de la Convención en cuanto que ésta exige que el propósito de destrucción se dirija contra uno de los grupos *como tal*, el tipo exige que el elemento identificador del grupo sea precisamente la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión.

No existe una definición internacional y oficialmente aceptada de lo que deba entenderse por grupo nacional, étnico, racial o religioso. La jurisprudencia internacional ha señalado en alguna ocasión que se trata de conceptos socio-culturales que varían conforme evolucionan las distintas sociedades (TPIR, Caso Musema, Sentencia de 27 de enero de 2000).

Por grupo puede entenderse un número relevante de personas relacionadas entre sí por características comunes que las diferencian de los demás miembros de la población. El grupo nacional se ha entendido como un conjunto de personas con un origen nacional común. Algo más profundamente, el TPIR, en el Caso Akayesu, definió el grupo nacional como integrado por aquellos *individuos que comparten un vínculo legal basado en la ciudadanía común que les otorga derechos y obligaciones recíprocos*. En esa misma sentencia se definió el grupo étnico como aquél en que sus miembros comparten un lenguaje o una cultura; grupo racial como aquél en el que comparten rasgos físicos hereditarios, generalmente vinculados a una región geográfica y grupo religioso como aquél en que comparten una misma religión o modo de culto.

En cualquier caso, la señal identificativa del grupo a los efectos de establecer el objeto del propósito destructivo en el autor, necesariamente ha de ser una de las previstas en el tipo, es decir, nacional, étnica, racial o religiosa.

Se ha planteado la posibilidad de aceptar divisiones o compartimentaciones dentro de un mismo grupo, generalmente con referencia al grupo nacional. Es cierto que el tipo contempla el propósito de destrucción total o parcial. Esta previsión podría entenderse de dos formas diferentes. En primer lugar, sería parcial porque, sin hacer distinción alguna entre sus miembros, las acciones no se dirigen directamente a la destrucción total del grupo, conformándose los autores con la destrucción parcial, (aunque siempre sustancialmente significativa). En segundo lugar, sería parcial porque los autores toman tan solo una parte del grupo, que se diferencia del resto por otros elementos distintos de la nacionalidad.

La primera opción resulta más acorde con las exigencias derivadas del texto, que identifica los grupos con arreglo a criterios muy concretos. La segunda equivaldría en realidad a aceptar que la identificación del grupo cuya destrucción total o parcial se pretende se realiza mediante el empleo de criterios distintos de los típicos. En el caso del grupo nacional, la nacionalidad no sería útil para distinguir las dos partes del grupo.

5. La cuestión se ha planteado principalmente en relación a los grupos políticos. La doctrina es prácticamente unánime en el sentido de aceptar que quienes elaboraron la Convención acordaron no incluir expresamente los grupos políticos. Sin embargo, esta consideración no es decisiva. El criterio interpretativo basado en la voluntad del legislador, no es el único posible, ni es tampoco el que las leyes españolas sitúan en posición preeminente. Por el contrario, el Código Civil se refiere expresamente a la necesidad de atender a la realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas (Código Civil, artículo 3.1: *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*), lo cual permite tener en cuenta otros criterios, especialmente el teleológico. En segundo lugar, la exclusión de los grupos políticos se ha basado en ocasiones en su falta de estabilidad y en que las razones de la pertenencia son variables y quedan a la voluntad del sujeto, lo cual como ha puesto de relieve algún autor, resulta escasamente consistente si se aceptan como grupos protegidos los grupos religiosos, respecto de los cuales tales características son en alguna medida igualmente predicables. En este sentido, en cualquier caso no podría prescindirse de la necesaria estabilidad e incluso de la relevancia del grupo como elementos para su identificación.





Sin embargo, es el texto literal del precepto el que impide que el grupo protegido se identifique sin tener en cuenta uno de los aspectos típicos. La ausencia de una cláusula de cierre o una expresión similar resulta fuertemente indicativa de que no se enumeran a título simplemente ejemplificativo. El derecho comparado demuestra que las legislaciones que han querido incorporarlo lo han hecho expresamente, caso del derecho francés, dentro de los países de nuestro entorno.

Es evidente que la realidad puede incorporar a la identificación del grupo, desde la perspectiva del autor, otros elementos distintos, pero es ineludible la consideración, desde un punto de vista objetivo, de alguno de los que aparecen en el precepto, lo que hace que los demás resulten irrelevantes a efectos de la tipicidad. De esta forma, un grupo nacional no podría dividirse en dos o más grupos nacionales diferenciados entre sí con arreglo a criterios extraños al tipo. Esa forma de interpretar la norma conduciría a la irrelevancia de la inclusión de unos u otros grupos, en contra de lo que resulta del texto, dando lugar a una extensión analógica del tipo en perjuicio del reo, y, por lo tanto, prohibida. Por lo tanto, aun cuando debe reconocerse que en la realidad puede presentarse, y ordinariamente se presenta, el supuesto de división del grupo nacional en más de un grupo, siendo uno o alguno de ellos perseguido por otro u otros con el propósito de alcanzar su destrucción total o parcial, el elemento distintivo de un grupo nacional respecto de los demás que comparten la misma nacionalidad ha de ser otro distinto, y necesariamente uno de los contemplados en el tipo. Dicho de otra forma, si dos grupos nacionales comparten la misma nacionalidad, ese elemento no será útil para hacer la identificación del grupo que se pretende destruir. Es posible el genocidio de un grupo nacional religioso, nacional étnico o nacional racial, en cuanto que generalmente el propósito de destrucción del grupo se circunscribe a una determinada zona geográfica, normalmente delimitada por las fronteras del país. Por el contrario, no lo sería la destrucción de un grupo nacional, parte a su vez del mismo grupo nacional, solo distinguibles entre sí por otro criterio diferente.

6. Aunque, tal como se desprende de lo hasta ahora señalado, la identificación del grupo se ha realizado atendiendo a criterios objetivos, la jurisprudencia internacional ha ido incorporando criterios subjetivos, reconociendo relevancia a la perspectiva del autor en orden a la determinación de la identidad del grupo. Se ha señalado así, que la exigencia de una intención especial dirigida a la destrucción del grupo, permite considerar la visión subjetiva del autor en cuanto a la identificación del grupo contra el que dirige su acción. Es evidente que no es posible prescindir por esta vía de las referencias a uno de los grupos típicos, pero a su determinación puede llegarse no solo a través de una valoración objetiva externa a los hechos, sino también teniendo en cuenta la identificación que, con arreglo a aquellos criterios objetivos, hace el autor. Así ha ocurrido, entre otras, en las sentencias de los Casos Jelisić (TPIY), Rutaganda, Kayishema (TPIR), y Krstić (TPIY), en el que se aceptó la identificación del grupo mediante su estigmatización por los autores.

7. La relevancia del criterio subjetivo, unido al objetivo, conduce al examen de la posibilidad de la identificación del grupo, siempre con arreglo a uno de los criterios típicos, pero mediante un mecanismo de exclusión. En ese caso los autores identifican su propio grupo con arreglo a uno de los criterios de la ley, y seguidamente actúan con el propósito de destruir, total o parcialmente, el grupo formado por quienes no pertenecen al primero.

En estos casos, la identificación del grupo a destruir se realizaría por la ausencia de la nota distintiva y no por su concurrencia, que solo se apreciaría por los autores en ellos mismos y en quienes formarían parte de su grupo particular.

8. Esta forma de proceder, identificando al grupo contra el que se dirige la acción y el propósito destructores mediante un mecanismo de exclusión, encuentra también algún precedente en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales. Así, en el Caso Jelisić, citado en el recurso de la acusación particular, el TPIY decía que *un grupo puede ser estigmatizado de forma positiva o negativa. Se entiende estigmatización positiva cuando el perpetrador distingue a un grupo por características que él considera propias de ese grupo, y negativa cuando la identificación de un individuo como no miembro del grupo al que el perpetrador considera que pertenecen los que reúnen determinadas características. De ahí que todos los individuos que son rechazados por exclusión formarían un grupo distinto. La Sala es de la opinión ya expresada por la Comisión de expertos y considera en consonancia que sus disposiciones también protegen aquellos grupos definidos por exclusión cuando sus miembros hayan sido estigmatizados por los perpetradores.*

9. Por lo tanto, puede afirmarse que los grupos protegidos deben ser identificados principalmente al menos con arreglo a alguno de los criterios contenidos en el texto de la ley, es decir, la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión, considerados aisladamente o en combinación con otros. En segundo lugar, que en la identificación del grupo es posible tener en cuenta criterios subjetivos derivados de la perspectiva del autor. Y que es posible la identificación de un grupo por exclusión, es decir, constituido por aquellos en quienes no concurra la nota identificativa que tienen en cuenta los autores.







10. En cuanto a la voluntad de destrucción o supresión, como ya se ha dicho, debe referirse con claridad suficiente al grupo identificado con alguno de los criterios mencionados en el tipo. Son indiferentes los motivos de los autores, pero la identificación del grupo es preciso que se realice en función de alguno de los criterios típicos.

11. En el caso, no es posible identificar el grupo formado por las víctimas de los hechos como grupo nacional, pues sus integrantes comparten la nacionalidad con el grupo de los autores, lo que impide que se tome como elemento identificativo y distintivo. De otro lado, aunque en el hecho probado se hacen algunas referencias a elementos de tipo religioso, aisladamente o junto con otros, como característicos de algunos integrantes del grupo de los autores, son insuficientes para considerar que el elemento distintivo de ese grupo era precisamente la religión.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

**UNDECIMO.-** En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º LECrim, denuncia la aplicación indebida del artículo 8 (concurso de normas) e inaplicación indebida del artículo 73 (concurso real de delitos) y consiguientemente del artículo 572 (terrorismo). Sostiene que se trata de un supuesto claro de terrorismo de Estado, pues el acusado actuaba desde su privilegiada posición de miembro de las FFAA dentro de un plan general y con claro conocimiento de la ilegalidad. Afirma que se dan los dos elementos: estructural en cuanto hay una organización; y la finalidad, claramente política orientada a atentar contra la seguridad del Estado. No puede entenderse que quede absorbido por el delito de lesa humanidad. Se trata de un concurso de delitos y no de un concurso de normas. Ambos tipos no se construyen con los mismos elementos típicos ni se protegen los mismos bienes jurídicos, individual en el caso del terrorismo y colectivo en el caso de los delitos de lesa humanidad.

1. El artículo 260 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, en la Sección 2ª bajo la rúbrica delitos de terrorismo y tenencia de explosivos, mencionaba como finalidad de la acción terrorista "atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público".

En el caso, tales finalidades ya habrían sido satisfechas por otros actos anteriores ya finalizados, respecto de los cuales no consta en los hechos participación activa u omisiva ni aportación de ninguna clase por parte del acusado recurrente, sin que puedan reconocerse tales aspectos en los hechos aquí enjuiciados, que pertenecen a momentos posteriores y van encaminados a la supresión de la disidencia, incluso mediante la eliminación física de sus integrantes.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

**DUODECIMO.-** En el tercer motivo, al amparo nuevamente del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la inaplicación del artículo 28 o subsidiariamente del 29 en relación con los artículos 607 y 572 CP. Se queja de que no se condena al acusado como autor o cómplice de los distintos crímenes cometidos en la ESMA durante el periodo en el que desarrollaba su actividad criminal en dicho centro. Señala que además de participar directamente en los hechos por los que es condenado formó parte activa de un plan criminal permanente que consistió en el secuestro, tortura y en la mayoría de los casos en la eliminación física de las personas detenidas lanzándolas vivas al mar. La condena por los hechos ocurridos durante el tiempo en que estuvo destinado en la ESMA, considerándolo cooperador necesario, fue solicitada en conclusiones. Resalta los aspectos de los hechos de los que resulta ese conocimiento y participación en el plan.

1. Para establecer la responsabilidad criminal como autor o partícipe no basta con el mero conocimiento de los hechos. No es suficiente un conocimiento general acerca de su existencia, ni tampoco un conocimiento sobre el hecho concreto con posterioridad a su comisión. Cuando se trata de actos ejecutados desde estructuras de poder organizadas, quienes asumen la dirección global o asumen ciertas responsabilidades decisorias, aun cuando sea en estadios intermedios, deben responder de los hechos delictivos que han dirigido o respecto a los cuales han decidido. La participación en escalones inferiores no hace responsable por sí misma a cada partícipe de todos los hechos cometidos por la estructura o bajo su ámbito, sino solo de aquellos a los cuales han realizado alguna aportación mínimamente relevante.

Por otro lado, la omisión requiere la posición de garante y la posibilidad de cumplir con las obligaciones que resultan de ella. En el caso de que la acción omitida pudiera evitar el resultado o bien lo dificultara seriamente, podría considerarse la autoría o la cooperación necesaria. En otro caso, siempre partiendo de una mínima relevancia, se trataría de complicidad. En este sentido la STS nº 1538/2000, de 9 de octubre.

2. En el caso se describen hechos que el acusado conocía, al menos globalmente, con posterioridad a su ejecución, aunque con tales elementos cognitivos pudiera prever su repetición. Pero, además de aquellos por los que ha sido condenado, solo se relata su contribución activa a los secuestros mediante la preparación





de los vehículos utilizados en su ejecución. Esta contribución podría valorarse como complicidad en los secuestros efectuados durante el tiempo en que estuvo en ese destino, pues sabía la finalidad a la que se destinaban los vehículos que preparaba, sin que conste oposición alguna a la continuación de su aportación.

Respecto de los demás hechos solo se establece un conocimiento genérico acerca de su existencia, sin detalle sobre su ejecución concreta, sin participación activa u omisiva en ellos, y sin responsabilidades determinadas que le exigieran una intervención como garante.

El hecho de que efectuara guardias en ocasiones no le hace responsable de las personas que fueran detenidas ilegalmente por quienes estaban autorizados a entrar en las instalaciones de la ESMA sin ser registrados y, por lo tanto, sin su concurso, que además, no consta en qué medida lo prestó. No consta que adoptara decisiones ni tampoco que realizara alguna aportación relevante, distinta de la ya mencionada, a la ejecución de las decisiones adoptadas por otros.

3. Por lo tanto, deberá ser condenado como cómplice de los secuestros efectuados en ese tiempo. El número de secuestros puede establecerse en 255, dado que, a pesar de que de los hechos probados resultaría una cifra superior, es aquella a la que se refieren las acusaciones cuando mencionan las detenciones ilegales en sus conclusiones definitivas. En cualquier caso, establecida la responsabilidad, la pena es irrelevante dada la condena por hechos más graves por encima de los límites máximos legalmente establecidos.

El motivo se estima parcialmente.

**DECIMOTERCERO.-** En el cuarto motivo, con apoyo en la misma vía impugnativa, denuncia la inaplicación del artículo 73 en relación con el artículo 607 bis del Código Penal, pues entiende, sin argumentación alguna, que, en su caso, debería ser condenado por treinta y dos delitos de lesa Humanidad.

El motivo debe ser desestimado dadas las consideraciones contenidas en los anteriores fundamentos de Derecho.

### III. FALLO

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE** por acogimiento de su quinto motivo, el Recurso de Casación por infracción de Ley y quebrantamiento de Forma interpuesto por la representación del acusado Agapito y que, así mismo, debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE** por acogimiento de su tercer motivo el recurso interpuesto por las acusaciones particulares en nombre de **Zaira Y OTROS**, contra la Sentencia dictada el día diecinueve de Abril de dos mil cinco por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera (Rollo de Sala 139/1.997), en la causa seguida contra el mismo por un delito de lesa humanidad, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho y declarándose de oficio las costas devengadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Saavedra Ruiz Enrique Bacigalupo Zapater Joaquin Delgado Garcia Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Perfecto Andres Ibañez Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Manuel Marchena Gomez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil siete.

El Juzgado Central de Instrucción número cinco instruyó Sumario número 19/1.997 por un delito de lesa humanidad contra Agapito, nacido el 28 de julio de 1946 en la ciudad de Bahía Blanca de la República Argentina, hijo de Adolfo Armando e Isabel, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal que con fecha diecinueve de Abril de dos mil cinco dictó Sentencia condenándole como autor responsable de un delito de lesa humanidad 1º con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; 2º con también realización de detención ilegal a la pena de 5 años de privación de libertad; 3º con causación de tortura grave igualmente a la pena de 5 años de privación de libertad y como accesoria de las anteriores penas la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** por la





representación legal del acusado y que ha sido CASADA Y ANULADA, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca**, proceden a dictar esta Segunda **Sentencia** con arreglo a los siguientes:

## I. ANTECEDENTES

**Unico.-** Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO.-** Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede condenar al acusado como autor de treinta delitos de asesinato previstos en el artículo 139.1º a la pena de 19 años de prisión por cada uno de ellos en atención a la especial gravedad de cada una de las acciones; como autor de un delito de detención ilegal del artículo 163 a la pena de cuatro años de prisión; y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal del mismo artículo a la pena de dos años de prisión por cada uno de ellos, todos ellos del Código Penal vigente, que constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal.

Asimismo procede su absolución respecto de los demás delitos de los que era acusado.

## FALLO

que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado Agapito como autor de treinta delitos de asesinato previstos y penados en el artículo 139.1º; como autor de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163, y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal previstos y penados en el artículo 163, todos ellos del Código Penal vigente, los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional, a las penas de 19 años de prisión por cada delito de asesinato; cuatro años de prisión por el delito de detención ilegal del que se le condena como autor, y dos años de prisión por cada uno de los delitos de detención ilegal de los que es considerado cómplice. Accesorias de inhabilitación absoluta respecto de cada una de las penas de 19 años de prisión y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo respecto de las demás penas.

Se acuerda la absolución respecto de los demás delitos imputados. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

De conformidad con el artículo 76.1.a) del Código Penal, se establece en 25 años el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Saavedra Ruiz Enrique Bacigalupo Zapater Joaquin Delgado Garcia Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Perfecto Andres Ibañez Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Manuel Marchena Gomez

## Voto Particular

### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Luciano Varela Castro**

Vengo a emitir este voto por discrepar de la decisión de la mayoría, considerando que debió declararse la falta de jurisdicción del Juzgado de Instrucción Central nº 5 y de la Audiencia Nacional para condenar por delitos de asesinato y detención ilegal, únicos títulos de condena que deja subsistentes la decisión de la mayoría.

#### 1.- Alcance del voto particular

El alcance de este voto particular se determina por la previa constancia de coincidencia con dos decisiones de la mayoría del Tribunal sobre la acusación formulada en la causa.

La primera coincidencia se refiere a la inaceptabilidad de la condena por el delito de lesa humanidad. Comparto con la mayoría del Tribunal que tal condena es absolutamente incompatible con un principio tan elemental como inderogable del Estado de Derecho, cual es el de legalidad: nadie puede ser condenado por delito no definido al tiempo del hecho. Y que dicha definición la realice precisamente la ley, estricta, escrita y previa del Estado cuyo poder jurisdiccional condena. No siendo el Derecho Internacional consuetudinario fuente





admisible para definir tipos penales. Por ello estimo que la Audiencia Nacional, que no obtiene su jurisdicción de normas internacionales sino internas, con su sentencia ha olvidado ese Montserrat tan esencial del Estado de Derecho y que su sentencia es absolutamente inaceptable.

La segunda coincidencia se refiere a la impertinencia de calificar los hechos probados como constitutivos del delito de genocidio. También a la improcedencia de calificar los hechos como constitutivos de delitos de terrorismo. Conclusión de la que deriva que el Juzgado de Instrucción Central nº 5 no debió admitir a trámite las querellas bajo tales títulos de imputación.

## 2.- El principio de jurisdicción universal en el sistema de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial.

Excluidos esos dos títulos de condena -el genocidio y el delito de lesa humanidad- la potestad jurisdiccional del Estado español requiere un título habilitante para entrar a decidir sobre las imputaciones de otros delitos. Aquél, no puede ser otro que el que remite el enjuiciamiento a la jurisdicción universal, pues los delitos que se imputan, excluidos los citados, no son otros que los comunes de asesinatos múltiples y detención ilegal, cometidos por extranjero en el extranjero.

Ese principio de perseguibilidad universal, tal como se refrenda por el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial distingue dos tipos de delitos a los que resulta aplicable: 1º.- los que son de inmediata y directa competencia extraterritorial, por imperativo del propio precepto legal interno, [(apartados a) a g)] y, 2º.- los que pueden llegar a serlo por aplicación de la firma de algún Tratado o Convenio internacional [apartado h)].

Comparto también con la mayoría del Tribunal, que la "costumbre internacional" no es en ningún caso fuente que pueda invocar el poder jurisdiccional del Estado, como título que la habilite para penar, cuando enjuicia hechos que no se enumeran en esas otras fuentes de derecho interno.

Pero, en este punto, el discurso de la sentencia de la mayoría inicia un camino que no puedo compartir al estimarlo desviado de las exigencias del principio de legalidad. Indico tres puntos esenciales que, a continuación examino separadamente.

**a)** La mayoría del Tribunal estima que la falta de incorporación **expresa** de los delitos de lesa humanidad a uno de los dos grupos abarcados por el principio de jurisdicción universal no obsta la consideración de los mismos como enjuiciables por la jurisdicción del Estado español.

Por el contrario estimo que, con ello, se compromete de manera inaceptable el **principio de legalidad**.

**b)** También, estima la mayoría que la perseguibilidad, en España, tampoco resulta obstaculizada por el hecho de que la tipificación del delito de lesa humanidad sea **posterior** a los hechos enjuiciados.

Por el contrario estimo que ello compromete el principio de **proscripción de retroactividad** de la norma restrictiva de libertad.

**c)** También, proclama la mayoría la perseguibilidad porque la misma no siempre se predica en función del "tipo" penal, sino de la conjunción de éste con algún "contexto".

Por el contrario estimo que ese argumento lleva a ignorar el esencial concepto de que la **jurisdicción** es de **atribución derivada del hecho que constituye el objeto del proceso**.

## 3.- Exigencias del principio de **legalidad** en cuanto a la atribución de jurisdicción universal.

La discrepancia esencial con el criterio de la mayoría del Tribunal radica en la advertencia de que **la asunción por el Estado de jurisdicción para enjuiciar un delito no es solamente una cuestión de orden procesal. Ni siquiera de orden orgánico**.

Importantes sectores doctrinales han advertido de la cuestión sobre si la extraterritorialidad es causa de exclusión de la punibilidad o de los presupuestos de procedibilidad, en la que se reflejan las dificultades de delimitación entre el Derecho penal material y el procesal penal. Como ocurre con otros institutos (inmunidad, prescripción, etc.). Algunos autores llegan a proponer la global inclusión de todos ellos entre las condiciones de punibilidad o causas de exclusión de la punibilidad y su **pertenencia al Derecho material**, llegando a calificar los presupuestos de perseguibilidad y las condiciones de punibilidad de **equivalentes funcionales**. O se llega a decir, incluso, que, no solo los llamados presupuestos procesales, sino que todas las reglas procesales, son componentes de una **condición objetiva de punibilidad: el debido proceso**. Añadiendo que la realización de un debido proceso es impuesta por el Derecho Constitucional como una condición general más para la procedencia de una **pena legítima**.

Otros, advierten como esa delimitación es menos rígida en los países (common law) en que no conocieron el proceso codificador.







La cuestión está lejos de circunscribirse a un divertimento o empeño meramente dogmático. Las consecuencias de la respuesta traspasan el ámbito de lo científico y la investigación para determinar respuestas en el orden de aplicación. Y, lo que es más relevante, **afectando a las garantías propias del sistema penal en su totalidad**. Por eso, otros autores califican de «políticamente pernicioso» la separación académica entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal, con la aproximación de este al derecho procesal civil.

Entre esas consecuencias cabe aludir a **la retroactividad** de las normas reguladoras de esas instituciones, a que me referiré después. Y también, en lo que en este apartado importa, al despliegue sobre la materia del conjunto de garantías del constitucional principio de **legalidad**.

Lo que se traduce, *ad exemplum*, en la **proscripción de la analogía** como método aplicativo, si desemboca en la aplicación de un contenido normativo más gravoso. Por ello, disiento de la mayoría del Tribunal en la invocación de este criterio, para justificar la perseguibilidad de asesinatos con el "contexto" de su posterior consideración como delito de lesa humanidad, pese a que los delitos de lesa humanidad no se incluyen en los enunciados en nuestra LOPJ, por estimar que concurre analogía con el genocidio o con los crímenes de guerra, que sí serían perseguibles conforme a aquélla.

En efecto **el principio de legalidad no puede ser minusvalorado cuando la cuestión estriba en la determinación de la extensión extraterritorial de la jurisdicción**.

Cuando un hecho penal de un extranjero ocurrido en el extranjero se coloca bajo la jurisdicción del Estado Español, entra en el sistema penal español en su totalidad. Y de ello derivan consecuencias: **a)** determina cual será el **derecho penal material aplicable**, que será diferente del que lo sería sin aquella asunción; **b)** se **atribuye jurisdicción** a órganos que hasta esa asunción no la tenían; **c)** la iniciación de procedimientos seguidos según la norma procesal española implica la activación del **sistema cautelar** propio.

Pues bien, la sumisión del hecho a ese marco normativo compromete el **ámbito de la libertad del autor, imputado** por razón de aquél, que será diferente del que disponía sin su ingreso en ese nuevo sistema penal.

Y esa diferencia es siempre **gravosa**. Aunque solamente lo sea por la **extensión del espacio de perseguibilidad** del autor. Mientras no se asume la jurisdicción, la circulación por el ámbito territorial de la soberanía española es libre para el imputado. Asumida aquella, su libertad puede ser eliminada.

En el caso de cualificar el hecho como de los perseguibles bajo inspiración del principio universal, puede ser **sancionado por la norma penal española**, aunque en el país de comisión tal hecho no se encuentre penado, o haya dejado de estarlo por norma posterior de aquél país. Lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es aplicable cuando opera el apartado 4 del mismo precepto.

El régimen de aplicación de la medida de **privación cautelar de libertad** rige en los términos de la legislación española, aunque sea más gravosa que en el país de comisión del hecho procesado.

Pues bien, desde estas premisas, es difícil no advertir el imperio del principio de legalidad también a la aplicación de las normas que regulan la asunción de jurisdicción por los Tribunales españoles cuando se trata de hechos cometidos en el extranjero por extranjeros.

Este mismo Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre el **alcance de la conculcación de las normas sobre asunción de jurisdicción**. En su sentencia 170/1998 de 6 de febrero anula una condena por delito de falsedad cometida por extranjero en extranjero diciendo: *"...No nos encontramos, pues, ante una corriente infracción de ley ordinaria sino ante una vulneración de norma constitucional, revisable en casación de acuerdo con el art. 5.4 LOPJ, que al mismo tiempo es causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 238.1.º de la misma LO, remediable también en este recurso con arreglo a lo que dispone el art. 240.1 del mismo Texto..."*

No cabe pues, aplicar las disposiciones del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con laxitud. Ni siquiera bajo la coartada del postulado interpretativo *pro actione*, (del acusador) ya que la ponderación exige atender al derecho de libertad (del acusado) comprometido en su alcance por el conjunto normativo cuya aplicación depende de aquella interpretación.

Y laxitud es ampliar el ámbito que el legislador diseñó en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a hechos no comprendidos en el mismo. Los casos de asunción de jurisdicción universal por los tribunales han de seguir pautas de exacta determinación, siguiendo los supuestos **tipificados** en la norma orgánica.

Me parece no aceptable acudir a prospecciones subjetivistas de una eventual voluntad del legislador sobre la pretensión de éste para extender la jurisdicción con referencias a normas que, además, tampoco permiten conocer aquella voluntad con el contenido que pretende la mayoría del Tribunal.

Así la referencia a la Ley Orgánica 6/2000 sobre la Corte Penal Internacional no avala la perseguibilidad por los Tribunales españoles. La configuración de los Tribunales *ad hoc* para los delitos de la ex Yugoslavia o





Ruanda, por las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (827 y 955 de 1993 y 1994), aunque sean exponente de una voluntad de persecución que conjure toda impunidad, ni se traduce en fundamento para atribuir jurisdicción a los Tribunales españoles, ni cabe equiparar con una asunción de jurisdicción *ex post facto*, ya que lo único que es ahí posterior es la entrada en funcionamiento del Tribunal, pero no **la jurisdicción que la Organización de Naciones Unidas tiene previamente asumida** y precisamente por esa asunción previa se cristaliza la posterior erección del Tribunal con concreta composición para la actuación de aquel poder. Por ello, la promulgación de leyes internas del Estado español, para reconocer las resoluciones de esos tribunales u ordenar la colaboración con los mismos no predicen una asunción de potestad jurisdiccional por dichos tribunales sino el reconocimiento de potestad precisamente **en los internacionales**.

Muy al contrario, además, si algo ha dejado nítido nuestro legislador es que, cuando introduce novedades normativas penales en la tipificación de nuevos comportamientos, candidatos a someterse al principio de jurisdicción universal, se cuida de regular coetáneamente la norma orgánica. Tal ha sido el caso de la introducción del delito de mutilación genital femenina en que se añadió un nuevo apartado g) al nº 4 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (LO. 3/2005 de 8 de junio).

**4.- Garantía de irretroactividad para la norma sancionadora desfavorable, incluso cuando es orgánica o procesal.**

El segundo punto de discrepancia con el criterio de la mayoría, es el que concierne al tratamiento dado a la cuestión de la irretroactividad de la norma que permite la asunción de jurisdicción universal.

Es doctrina consolidada, de la que no cabe discrepar, que la aplicación de normas meramente reguladoras de **actos**, de naturaleza procedimental, (más exactamente que procesal) para el enjuiciamiento de **hechos** ocurridos con anterioridad a la instauración del correspondiente procedimiento, no constituye una aplicación retroactiva, pues la materia regulada por aquella norma es el acto del procedimiento y éste ya ocurre con posterioridad a la norma.

**Pero, la norma que atribuye jurisdicción no es equiparable a la meramente procedimental, ni siquiera a la que atribuye competencia.** Ni es equiparable a otras normas, accesorias por instrumentales, cuyo alcance, sin afectar al ámbito de jurisdicción de los Tribunales, es el meramente instrumental para la actuación de esa jurisdicción. Así ocurre con la norma que regula la denominada *euroorden* cuya vigencia no se retrotrae por el dato de que el hecho objeto de procedimiento en el que aquella se dicta sea anterior a su reconocimiento legal interno. Así lo establece el Tribunal Constitucional en su sentencia 117/2006 de 5 de junio.

Pero es que, además, incluso respecto a normas procesales el **Tribunal Constitucional** ha tenido que salir al paso de la indiscriminada aplicación de determinadas normas procesales en procedimientos sobre hechos anteriores a la misma. Así, cuando aquella norma instaura una medida cautelar que afecta a la libertad de un ciudadano. Por ello, la Sentencia del Pleno de dicho Tribunal Constitucional de 12 de mayo de 1987 **vetó la aplicación de normas de carácter cautelar, más limitativas de la libertad, en el procedimiento seguido por hechos anteriores a dicha norma.**

Plausible parece la opinión de autores que afirman que «dado que el principio de no retroactividad está destinado a proteger a los ciudadanos, evitando que las previsiones legales relativas a su comportamiento puedan ser modificadas *ex post* en su perjuicio, la **garantía que contiene debe ser extendida también a las normas procesales**».

Y, también resulta difícil de rebatir la opinión de algún otro autor cuando afirma que más allá de cuestiones meramente clasificatorias, **lo decisivo** para determinar el ámbito de vigencia de la prohibición de retroactividad es **valorar si**, como consecuencia de un concreto cambio legislativo, **el Estado está ampliando o no su competencia para castigar.**

Y, desde luego, como añade otro autor, tal aplicación se produce, no solamente cuando se amplía porque la modificación legislativa determina como consecuencia que puedan aplicarse penas más severas, sino también cuando cabe perseguir el hecho por más tiempo, o, que es lo aquí relevante **cuando se amplía el espacio territorial en el que el autor puede ser aprehendido y penado.**

Por ello lo relevante, para decidir sobre la aplicación de la norma del art. 23.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial, no lo es su discutible naturaleza de norma material o procesal.

No cabe dudar de la irretroactividad de una norma como la que libera de la exigencia de querrela para perseguir un delito, pese a su indudable naturaleza procesal, pues tal norma delimita la potestad del Estado para castigar. De la misma manera, también ha de estimarse irretroactiva la que amplía el territorio en que puede ocurrir la comisión del hecho para someterlo a la jurisdicción de un Estado, ya que implica una modificación gravosa de la libertad del enjuiciable.



**Por eso la instauración de jurisdicción de la Corte Penal Internacional se realizó con la expresa prohibición de que abarcase hechos ocurridos con anterioridad.**

Ciertamente este Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de resolver el reproche de aplicación de normas de manera retroactiva, cuando, en Sentencia de **15 de noviembre de 2004**, resolvió recurso sobre artículo de previo pronunciamiento planteado por el aquí recurrente y que había sido decidido por la Audiencia Nacional.

**Pero**, la decisión entonces adoptada venía referida a los delitos abarcados por el auto de procesamiento. Y éstos eran los de genocidio, terrorismo y torturas. Y en relación a los tratados suscritos por España respecto a los mismos este Tribunal afirmó que *"...no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiendo solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución..."* lo que no impidió a este Tribunal advertir que *aunque en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal, surge, sin embargo, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción*. Pero, en conclusión, se termina afirmando que *partiendo de lo que se dispone el art. 23.4, g) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando según los tratados o convenios internacionales, deban ser perseguidos en España*.

Por lo que, aún prescindiendo de la doctrina entonces establecida, al resolver tal recurso, sobre la exigencia de una conexión, como presupuesto de perseguibilidad según lo dicho por el citado Tribunal Supremo en el caso conocido como caso Guatemala, que el Tribunal Constitucional desautorizó posteriormente, es lo cierto que la tesis que se fijó, en el sumario del que dimana el presente rollo, era la de **taxatividad** en la aplicación del art. 23.4. y (entonces) apartado g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (hoy apartado h).

Y, en lo que importa a este apartado del voto particular, la decisión de inexistencia de retroactividad, al declarar este Tribunal en la resolución del recurso contra el artículo de previo pronunciamiento, la atribución a la jurisdicción española y la competencia de la Audiencia Nacional, se fundó en la implícita manifestación de dicho Tribunal de la instancia, según la cual **los hechos y delitos abarcados por el auto de procesamiento eran perseguibles en España con anterioridad a la Ley Orgánica del Poder Judicial de acuerdo con el ordenamiento existente**.

Pues bien, **en coherencia con ese precedente**, estimo, **debió ahora el Pleno**, al dictar la sentencia en la que emito este voto particular, **declarar que incurría en retroactividad inaceptable** la toma en consideración del delito de lesa humanidad ya que el mismo no era perseguible en España al tiempo de los hechos que se juzgan, ni siquiera al tiempo de incoación del proceso.

##### **5.- La jurisdicción se determina como derivada de la previa determinación del objeto del proceso**

Si, por los dos fundamentos anteriores, estimo desacertados los dos básicos argumentos de la mayoría para proclamar la jurisdicción de los tribunales españoles, resta aún la evidencia de la *artificiosidad* con la que aquella llega a proclamarse para legitimar la condena por delitos de asesinato y detención ilegal, únicos que la mayoría reprocha al condenado.

El objeto del proceso no es, como resulta ya poco cuestionado hoy, un hecho natural, desprovisto de toda valoración desde perspectiva normativa, sino un hecho en cuanto que penalmente relevante y, por ello, tipificado.

La condena en un proceso al autor del hecho, que constituye su objeto, requiere la previa estimación de que concurren los presupuestos procesales, y, entre ellos, el de la jurisdicción *"...pues, solamente si se considera que los Jueces y Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos de autos podrán adentrarse los mismos en el campo de su calificación jurídica..."* (Tribunal Supremo: 1240/2006 de 11 de diciembre).

Ciertamente la expresión no está exenta de la necesidad de matices. Porque precisamente la jurisdicción no es cuestión a dilucidar sin consideraciones normativas. En la Sentencia del Tribunal Supremo 1240/2006 no se refiere a la calificación con la función, que no tiene, de determinar el objeto del proceso, ya que los cambios de tal calificación no implican variación del objeto del proceso. La consideración sobre la detentación de jurisdicción para conocer de los **hechos de autos** -en la expresión de dicha sentencia- exige una **perspectiva jurídica**, al margen de las precisas posteriores calificaciones.

La determinación de la extensión territorial de la jurisdicción, según los criterios del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cualquiera de sus apartados, exige esa perspectiva normativa del hecho origen del procedimiento.

En consecuencia, prescindiendo de su acreditación, e incluso de la consideración de más precisas subsunciones en la norma penal, derivadas de ulteriores integraciones de aquel hecho - que no impliquen una variación de su identidad-, si, desde el inicio, tal enfoque normativo del hecho que se imputa no autoriza la inclusión en alguno de los supuestos tipificados en dicho art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial **los Juzgados y Tribunales Españoles deben inadmitir la pretensión de inicio del procedimiento.**

Además, dado que el presupuesto de la jurisdicción ha de **subsistir todo el proceso**, de estimarse que el hecho, por cuya razón se atribuye, no ha ocurrido, o no tolera ser subsumido en algunos de los supuestos normativos de aquella atribución (art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) debe **desestimarse la pretensión de condena.**

En efecto, lo que resulta **incoherente es compatibilizar un título de jurisdicción y un título de condena diversos.**

Cabe aquí subrayar la **diferencia** de trato que debe recibir este supuesto de aquél en el que los cambios en la perspectiva jurídica del hecho y, con ello, en el título de condena, afectan solamente a la **competencia**, pero no a la jurisdicción española. Como ocurre cuando la Audiencia juzga un hecho que en conclusiones definitivas se estima constitutivo de delito competencia del Juzgado de lo Penal, o el Tribunal de Jurado debe decidir sobre hecho que, también en conclusiones definitivas, se estima constitutivo de otros delito que no es de los atribuidos a esa clase de Tribunal.

Ciertamente la extensión del título territorial de la jurisdicción en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no siempre se hace depender "solamente" del tipo penal desde el cual el hecho es considerado. Así, en contadas ocasiones, se exige que concurra además cierta circunstancia (perjuicio del Estado en algunas falsedades) o se supedita a ciertas condiciones (nacionalidad del sujeto activo del delito). Pero en todo caso la ampliación territorial de la jurisdicción se establece tomando como uno de los elementos ineludibles el tipo penal: para establecer como presupuesto de la extensión de la jurisdicción su punición en el lugar de comisión -apartado 23.2- su tipificación conforme a la ley española según alguna de las modalidades típicas expresamente enunciadas -apartados 23.3 y 23.4-. O bien para saber si se trata de alguno de los tipos penales enunciados en algún Tratado o Convenio internacional suscrito por España.

Por todo ello, discrepo de la mayoría cuando asume la jurisdicción para, haciendo de los delitos de asesinato y detención ilegal el objeto del proceso, predicar su perseguibilidad en España so pretexto de "un contexto" o "circunstancias ajenas al tipo" como es el de que tales delitos también **afectaban a Derechos Humanos esenciales.**

No cabe duda de que tales circunstancias en realidad determinan el surgimiento de un nuevo tipo penal: los delitos de lesa humanidad. Pero este delito no es solamente un asesinato cualificado. Su perversidad ha hecho que los legisladores le doten de antijuridicidad específica. De tal suerte que su estimación entra en concurso con los delitos comunes.

Pues bien, aun cuando la mayoría del Tribunal pretenda que **formalmente** prescinde de ese delito, lo cierto es que lo erige en **título de atribución de jurisdicción**, pese a que expresamente excluya que pudiera ser objeto del proceso.

Así la mayoría del Tribunal incurre, en mi opinión, en la **insanable contradicción** de vetar al Tribunal de instancia la aplicación de un tipo penal (delito de lesa humanidad) que, sin embargo, invoca (degradado a la calidad de circunstancias contextuales de delitos comunes) en la casación para asumir jurisdicción que le habilite la condena por delitos comunes.

Aunque, para protestar respeto al principio de legalidad, se pretenda que existía previsión internacional de perseguibilidad de los delitos de lesa humanidad, bajo pautas del principio de justicia universal, tampoco puedo compartir incondicionadamente la afirmación.

Pero la fundamentación de la decisión de la mayoría pasaría por la acreditación de que, **al margen de los supuestos de previsión convencional internacional, exista una costumbre internacional que asuma el principio de persecución universal, en el ámbito concreto de los denominados delitos de lesa humanidad.**

Lo que requiere la invocación de casos de **práctica judicial**, por parte de los **tribunales estatales**, que no de los internacionales, en que se haya perseguido modalidades típicas de los **tipos penales específicos de lesa humanidad**, con la debida autonomía respecto a los delitos internacionales vinculados a la guerra que no eran propiamente de lesa humanidad en el sentido específico, y en los cuales la jurisdicción se haya ejercido **extraterritorialmente**, y no a delitos cometidos en el Estado en que se realiza el enjuiciamiento.

Pero veamos si tal premisa ha sido constatada.





a) Desde luego este tipo de delitos no ha tenido, en el ámbito de los convenios, una acogida, en lo que concierne a su *tipificación*, que pueda considerarse equivalente a la tenida por los crímenes de guerra, (Convenios de Ginebra de 1948), apartheid (Convenio de 1973) o tortura (Convenio de 1984). (Lo que cuestiona la invocación de la mayoría del Tribunal a la analogía). Puede hablarse de **ausencia de previsión en el ámbito internacional del tipo penal de delitos de lesa humanidad hasta mucho tiempo después de los hechos aquí enjuiciados**.

Corresponde a la ONU el protagonismo de las iniciativas para la codificación de estos delitos. La Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947 de la Asamblea General, prescindiendo de algún antecedente, (singularmente Nüremberg) es el punto de partida para una marcha que desea llegar, además de a establecer una Corte Internacional, la tipificación de delitos entre los que posteriormente se habrían de especificar los de lesa humanidad. Así se hizo en el proyecto del año 1996 aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Y en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Y se culminó en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pero, hasta estos últimos instrumentos, ha de convenirse que falta toda fuente escrita que tipificase esos delitos y, como la mayoría del Tribunal proclama, en absoluto cabe aceptar que la costumbre realice tipificaciones aplicables por el Tribunal español en el marco de las exigencias del Estado de Derecho.

b) Tampoco cabe decir que la *perseguidibilidad* se haya configurado como universal o extraterritorial de manera generalizada, ni en el ámbito de los convenios internacionales ni en el de los ordenamientos internos.

En el ámbito *convencional* internacional no todos los pactos internacionales para la persecución de delitos de trascendencia internacional -que trataban de suplir la ausencia de jurisdicciones penales internacionales- previeron la persecución universal.

Paradigmático fue el caso del relativo al *genocidio* (1948) o el que concernía a la *prostitución* (1949). Aunque desde el relativo a las infracciones graves del Convenio de Ginebra se generalizó en dicho ámbito convencional el principio *aut iudicare aut dedere*. Y ello se tradujo en la previsión legal **interna** de extraterritorialidad. Como es el caso de nuestro art. 23, h) (en su actual redacción) de la Ley Orgánica del Poder Judicial española.

El convenio sobre su imprescriptibilidad, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas en **1968 no estableció la persecución universal**, aunque propugnase el castigo pese a la falta de tipificación en el Estado en que se cometiera. Y aun así ha de advertirse la escasa aceptación del Convenio. **No lo fue por Argentina**.

Tampoco se invoca por la mayoría del Tribunal cuales son los *ordenamientos jurídicos* internos de los Estados (práctica o costumbre legislativa) que asumieron en relación con el delito de lesa humanidad, el principio de persecución extraterritorial. Numerosos son los que prevén esa perseguidibilidad extraterritorial a medio de cláusulas residuales cuando el delito se incluye en algún Convenio Internacional al que ese Estado se adhiere. De manera generalizada cuando el Convenio prevé como obligatoria la perseguidibilidad y menos uniforme cuando el Convenio la prevé como facultativa. Así el art. 23.4 de la LOPJ española acoge la persecución universal en algunos delitos que enumera y, residualmente, cuando esa persecución se prevé en Convenios o Tratados.

Pero, en ese precepto, como admite la mayoría del Tribunal, ni siquiera en la actualidad admite la perseguidibilidad universal del delito de lesa humanidad que tipificó en el art. 607 bis del Código Penal, recibiendo la definición del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

c) Ni siquiera se invocan casos (práctica judicial) que autoricen la afirmación de que la costumbre internacional registre una aceptación de dicha persecución universal, por tribunales estatales, en relación con los delitos de lesa humanidad.

Suele citarse, por la doctrina que no por la mayoría del Tribunal, como casos de aplicación de tal principio de extraterritorialidad algunos casos en Francia (*Barbie, Touvier y Papon*). Pero debe advertirse que en tales supuestos intervinieron criterios de **territorialidad o personalidad activa**, (Barbie realizó los hechos actuando en Lyon al servicio de la Gestapo, siquiera sus víctimas fueron después asesinadas tras ser deportadas fuera del territorio francés; Papon, también francés, Secretario General de la Prefectura de Gironde, fue acusado por delitos cometidos en Bordeaux, que comprendió La Gironde y Les Landes, siquiera sus víctimas también fueron deportadas y asesinadas fuera de territorio francés, Touvier era jefe de la Milicia en Lyon fue acusado de delitos cometidos en territorio francés), o, en algún otro, como el caso *Astiz*, de **personalidad pasiva**, siendo las víctimas religiosas francesas y debiendo destacarse que la ley francesa atribuye jurisdicción en tal caso (art. 113-7 NCP). Por el contrario la práctica legislativa francesa circunscribe la competencia universal a los delitos de tortura, (Convenio Nueva Cork 1984) terrorismo (idem Strasburgo 1977) o relativos a materia nuclear (Dublín 1979) o, en fin en materia de seguridad marítima.

Otros casos citados suelen referirse a condenas que recayeron bajo el título de delitos contra la humanidad, pero en los que existía **vinculaciones a situaciones de guerra**. Es el caso *Eichmann* en Israel. O el caso *Regina*





v. *Finta* en Canadá. O el caso *Refik Sarik* en Dinamarca O el caso *Novislav Djajic* en Alemania. O en Holanda el caso *Darko Knesevic*. U otros en Bélgica.

En otros casos la persecución universal se activó **pero referida al delito de tortura**. Ese fue el caso del acusado *Munyeshyaka* en Francia.

Con todo, **no son pocos los casos en que se rechazó**: El asunto *Javor* en Francia, el *Niyonteze* en Suiza. En algún otro la falta de *homogeneidad* en los comportamientos de los Estados ha resultado muy evidente: así ocurre en la diversa respuesta dada por Bélgica y Reino Unido (similar a la germana o francesa que hubieron de acudir al principio de personalidad) en relación con el caso *Pinochet*. No parece arbitraria la objeción de alguno de los Lores que, en este caso, advirtieron de la falta de **practica suficiente para poder afirmar que existe un consenso internacional sobre la legitimidad internacional de la persecución universal**, y que **ni siquiera los instrumentos internacionales convencionales atribuyen jurisdicción a tribunales que no sean internacionales o a los nacionales del lugar de comisión**.

Aún prescindiendo de que los casos, en los que la persecución universal ha sido observada, se circunscriben a concretas áreas geográficas (países desarrollados y occidentales), estando ausente en la más amplia del mundo no desarrollado, a excepción del caso *Habré*, lo que ya hace dudar de la existencia de los requisitos objetivos (extensión generalizada, homogeneidad y persistencia) de la costumbre como fuente de Derecho, de lo que no cabe duda es de la **casi total ausencia de vigencia del principio de persecución universal de los delitos exclusivamente de lesa humanidad al tiempo de los hechos aquí enjuiciados**.

Y ya hemos dejado dicho como tal principio extravasa el ámbito procesal para erigirse en presupuesto de aplicación de norma sancionadora y, por ello, de aplicación retroactiva vetada desde la perspectiva del Estado de Derecho.

Ciertamente, tras la aprobación en el marco de la ONU del Estatuto de la Corte Penal Internacional se asiste a una amplia recepción de los tipos penales de lesa humanidad en los ordenamientos internos de los Estados.

Como lo hizo España con la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003 que introdujo el art. 607 bis en el Código Penal.

Pero, a diferencia de otros supuestos, en esta ley **no se modificó correlativamente el art. 23 de la LOPJ por lo que no se recibió el principio de persecución universal para tales delitos**.

Lo que desautoriza, a mi entender, el criterio por el que la mayoría del Tribunal pretende legitimar su jurisdicción para condenar al recurrente.

**6.-** La decisión de la mayoría afecta, conculcándolo, al derecho al juez ordinario

El ahora penado ya acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, en relación con la misma causa en que recae esta sentencia. Y en dicha ocasión pretendió la protección de su derecho al Juez Ordinario al entender que la jurisdicción española no es competente para el enjuiciamiento de los delitos que se le imputan de terrorismo, genocidio y torturas cometidos en el período de gobierno de la Junta Militar Argentina.

Pero en la Sentencia del **Tribunal Constitucional 169/2001** de 16 de julio **no se entra a examinar si fue o no conculcado dicho derecho al juez ordinario** porque "... el recurrente **no puso de manifiesto** ante el órgano judicial la lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Por consiguiente, ha de desestimarse esta pretensión, en aplicación de nuestra doctrina sobre la falta de invocación del derecho que se considera vulnerado en la vía judicial previa..."

**Con posterioridad** reiteró la **protesta**, a través de artículo de previo pronunciamiento, dando lugar a la Sentencia de este Tribunal **Supremo** de 15 de noviembre de 2004 . Ahora bien, la misma, como antes expusimos **dejó imprejuizado el reproche para el caso de imputación del delito de lesa humanidad**. Se limitó a proclamar la jurisdicción española para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, genocidio y tortura imputados al procesado.

Lo que, obviamente, no impide ni la consideración de oficio por este Tribunal Supremo, ni que, producida la vulneración en la sentencia, pueda reiterarse ahora la impugnación, incluso ante el mismo Tribunal Supremo al amparo de la ahora nueva redacción del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pues bien, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2007 de 16 de abril, según una reiterada doctrina jurisprudencial el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley comporta «*en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, además que ésta le haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho o actuación determinantes del proceso y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional*» S Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo, F . 17).





En mi parecer, en divergencia con el de la mayoría del Tribunal, la **Audiencia Nacional carecía** al tiempo de los hechos, e incluso al día de hoy, de **jurisdicción extraterritorial para conocer legítimamente de los delitos de asesinato y detención ilegal cometidos en el extranjero por extranjero**.

Y no parece admisible acudir a la concurrencia de circunstancias ajenas al tipo penal imputado, para ampliar las condiciones de perseguibilidad. Como recuerda el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 10-5-2005 sala 2ª no cabe extender la norma sancionadora a supuestos no previstos en ella explícitamente, ya mediante la fijación del tipo, ya **fijando las condiciones de perseguibilidad**.

Por todo lo anterior estimo que cabe establecer las siguientes *conclusiones*:

Al asumir la jurisdicción para instruir la causa, primero, y juzgar, después, los órganos jurisdiccionales españoles, ampliaron el ámbito territorial de aplicación de la ley penal, y de las procesales limitadoras de derechos, en el tiempo, a hechos anteriores, y en el espacio, fuera del ámbito de la soberanía española en que rigen nuestras leyes, atendiendo a que los hechos imputados, en tiempo muy posterior a su comisión, se consideró delito por la ley penal española, lo que, además de incurrir en **irretroactividad constitucionalmente vetada** (art. 9 Constitución Española), implica vulneración del principio de **legalidad**, contra la garantía constitucional del art. 25 de la misma Constitución Española.

Al asumir la jurisdicción, so pretexto de la relevancia jurídica de hechos, que no es la que los erige en objeto del proceso, queda **sin justificación legal aquella atribución de jurisdicción** para juzgar esos hechos respecto de los cuales se carece de tal jurisdicción conforme al art. 23 de la Ley orgánica del Poder Judicial.

La invocación de la **analogía** para determinar la viabilidad de una condena constituye flagrante violación del principio de **legalidad**.

**No acredita** la mayoría del Tribunal, con deseables citas, la existencia de una **costumbre internacional que se refiera a la persecución universal** de los delitos de lesa humanidad, *desvinculadamente* de los delitos relativos a guerra o a otros principios, como el de personalidad activa o pasiva.

Por ello, no existiendo título convencional internacional, ni siendo posible apoyo en el art. 23 de la Ley orgánica del Poder Judicial, la asunción de jurisdicción en este tipo concreto de casos, constituye una extensión carente de justificación de la jurisdicción española.

Incluso la sanción penal de los hechos bajo el específico título de delitos de lesa humanidad, y no bajo otras modalidades delictivas de universal persecución, es posterior.

Y, derivando de ello la inadmisibilidad de la ampliación territorial de jurisdicción se ha conculcado el **derecho al juez ordinario** del acusado.

En conclusión, compartiendo que no cabe la condena por los hechos imputados en cuanto determinantes de los delitos de lesa humanidad, por el que venía condenado el recurrente, ni por los demás objeto de imputación, estimo que **tampoco se debió condenar por los delitos comunes de asesinato y detención ilegal**.

Y considero que, por ello, **debió estimarse el recurso** interpuesto por D. Agapito, declarando, sin entrar en el fondo de la acusación por tales delitos de asesinato y detención ilegal, la falta de jurisdicción de los tribunales españoles.

Fdo.: Luciano Varela Castro

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Jose Manuel Maza Martin

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza en la presente Resolución, así como de algunas de las afirmaciones que en la misma se contienen, por las razones que, seguidamente y en el mismo orden en que son tratadas en la Sentencia, paso a exponer.

I

En primer lugar y sin que ello suponga un efecto final contrario a la decisión adoptada, no puedo compartir la formulación general acerca de la tesis relativa a las diferencias existentes, en nuestro ordenamiento, entre la imparcialidad exigible al Juez Instructor y a los encargados del enjuiciamiento, en primer lugar puesto que toda vez que el hecho de que el órgano jurisdiccional se vea obligado, por su propio cometido, a tomar decisiones tales como las relativas a la adopción de medidas cautelares u otras que podrían significar un pronunciamiento sobre las posibles responsabilidades del sometido a su labor, en nada le diferencian del Tribunal responsable del enjuiciamiento que también ostenta facultades semejantes, tanto por su directo





pronunciamiento al respecto como por la revisión que ha de llevar a cabo acerca de las acordadas por el Instructor.

Ello, supone, a mi juicio, que no se debe afirmar una distinción entre el régimen de abstención y recusación de quien instruye con relación al aplicable al que juzga, en la manera en que lo hace la Sala en respuesta al Primero de los motivos de Casación formulados por el recurrente, porque además de que no existe base legal en nuestro ordenamiento para establecer semejante diferencia, tampoco se agota la tarea del Instructor en esa adopción de decisiones a las que alude la Sentencia mayoritaria, sino que, antes al contrario, no debe olvidarse que una característica esencial de nuestro sistema, hoy vigente, es precisamente la judicialización de la investigación que, entre otras consecuencias, supone el elevado valor procesal que las diligencias practicadas por y ante el Juez ostentan, precisamente por ese carácter jurisdiccional de su labor, que requiere, para su desempeño el grado más elevado de imparcialidad.

Considero, por tanto, que ésto es algo que debería quedar suficientemente explicado, y si bien, por otra parte, en el caso que nos ocupa, es cierto que la suspicacia manifestada por el recurrente convendría que se apoyase en la cita de las concretas actuaciones que revelasen esa alegada parcialidad del Juez y que habrían podido perjudicar sus intereses de defensa, también tendría que haberse argumentado suficientemente por esta Sala el por qué la desconfianza de quien recurre en este caso no puede sostenerse sobre la existencia de una verdadera vinculación previa entre el Instructor y las partes acusadoras y las tesis apoyadas por éstas, pues, en mi opinión, la crítica contenida a tal respecto en el Recurso no se refiere a unos genéricos pronunciamientos de condena de un determinado fenómeno criminal, incuestionablemente repudiables, formulados en ciertos foros por el Instructor, y a los que se hace referencia en la decisión mayoritaria, sino a la expresa y pública manifestación, ajena al procedimiento, de solidaridad y coincidencia, en relación directa con los hechos enjuiciados, con algunas de las personas concretas que actúan como Acusaciones en este procedimiento.

Pensemos en lo que tal circunstancia supondría, caso de producirse realmente con motivo de la persecución de cualquier hecho delictivo que no tuviera la trascendencia social e internacional del presente y cómo, en ese supuesto, sería tan fácil coincidir en el efecto negativo que, para la apariencia de imparcialidad, una situación semejante tendría respecto de la labor de quien instruye.

La distinción a la que alude, en efecto, la doctrina constitucional (STC nº 69/2001) en este punto, ha de referirse no tanto al establecimiento de dos cánones diferentes de exigencia de imparcialidad, sino al distinto análisis que merecen, por su propia naturaleza y características, las funciones atribuidas a uno y otro órgano jurisdiccional en esta materia.

De modo que si determinada conducta previa, de aparente coincidencia en criterios relevantes para el enjuiciamiento con una de las partes, habría de suponer para quien ha de juzgar la pérdida de su carácter imparcial, lo mismo debería afirmarse respecto del Instructor, en relación con su tarea de investigación.

En cualquier caso, en las presentes actuaciones y, precisamente, porque la parte no ha sido capaz de identificar y acreditar, con la exigible suficiencia y más allá de simples especulaciones, las decisiones o comportamientos del Juez que, desde la denunciada parcialidad, pudieran haber influido trascendentalmente en el curso del procedimiento y de su resultado probatorio, una vez sentado firmemente todo lo anterior, lo que me parece de una gran importancia desde el punto de vista de la afirmación de las garantías que integran nuestro sistema procesal, la conclusión no podría suponer en ningún caso la nulidad de la Instrucción, por lo que, como se dijo antes, he de compartir en este extremo, y con las anteriores matizaciones, la conclusión de mis compañeros de Sala.

## II

A su vez, respecto del motivo Sexto del Recurso y de su denuncia relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, se abren a mi juicio serias dudas acerca de la suficiencia de los elementos probatorios sobre los que se asienta, en este caso, la condena.

La realidad de los gravísimos y absolutamente reprobables acontecimientos delictivos ocurridos en Argentina en las fechas a las que se remiten los hechos enjuiciados es algo que no admite duda alguna.

Y que en ellos participara un número más o menos cuantioso de los miembros de las Fuerzas Armadas de aquel país, entre los que profesionalmente se contaba el recurrente, también adquiere la categoría propia del "hecho notorio".

Pero, a partir de ahí, mayor dificultad presenta la afirmación acerca de la probanza de los concretos hechos contenidos en la Resolución de instancia y, sobre todo, de la participación en ellos de quien recurre y la forma y circunstancias de ésta.







En realidad, este último extremo, según la propia literalidad de la Resolución de instancia y la de esta Sala, se asienta sobre la inicial autoinculpación del propio imputado, a pesar de que luego se desdijera de ella, primero aún durante la fase de investigación y, ulteriormente, en el mismo acto del Juicio oral.

Resulta ya desde un comienzo cuando menos sorprendente que quien goza de una evidente impunidad, en aquel momento y en su propio país, voluntariamente acuda al nuestro, máxime con los precedentes que tan amplio eco internacional han tenido a propósito de la persecución por los Tribunales españoles de conductas muy semejantes a las que ahora se enjuician cometidas en otros lugares de la misma zona, y, una vez aquí, preste semejante declaración autoinculpatoria.

Circunstancias que, a mi juicio, extienden una seria duda no sólo sobre la espontaneidad y veracidad de tales declaraciones sino, lo que sería igualmente importante en orden a su eficacia probatoria, también sobre la verdadera motivación de las mismas, respecto de la que el interesado ofrece una versión que, a la vista de los propios hechos, no puede ser considerada absolutamente rechazable ni absurda, tal cual la de que ese proceder suyo se vió motivado por el ánimo de venganza contra sus superiores, que le denegaron la promoción profesional, y la convicción, inducida por terceros, insistimos que según su versión, para que hiciera su relato en nuestro país con la garantía de que, a la postre, no se derivarían consecuencias definitivamente negativas para su persona.

Pero, al margen del crédito que merezca una tal versión, lo cierto es que el elemento básico incriminatorio en este caso no es otro que aquella inicial declaración, en la que, por otra parte, los motivos espurios de la misma no tendrían por qué excluir su veracidad, si bien, de haberse acreditado suficientemente su obtención mediante engaño, esta circunstancia sí que supondría automáticamente su plena nulidad, ya que, evidentemente, con ello se habría vulnerado el debido respeto que todo declarante tiene de conocer las consecuencias jurídicas de sus dichos, toda vez que ni está obligado a declarar ni, declarando, a reconocerse culpable (art. 24.2 CE).

Si la confesión se obtiene mediante engaño, es obvio que tal derecho no sólo no se respeta sino que directamente se vulnera.

No obstante, aún dando por espontáneo y despojado de engaño alguno ese reconocimiento de tan graves responsabilidades, según doctrina reiterada de esta Sala que no deja de recordar la Sentencia, y especialmente a la vista de las ulteriores retractaciones, requiere de algún elemento objetivo que corrobore su veracidad, correspondiendo a quien acusa la carga de su aportación al procedimiento, aspecto plenamente controlable dentro de los cometidos de nuestra estricta función casacional en materia de presunción de inocencia.

Como no pueden tener tal carácter corroborador, a propósito de la cuestión capital de la concreta atribución de la autoría, los diversos testimonios obrantes en la causa, por referirse no a la concreta implicación del recurrente en los graves delitos cometidos en Argentina, sino, tan sólo, a la realidad del acaecimiento de éstos, el criterio de mis compañeros se apoya tanto en la constatación de la falta de fundamento de las alegaciones exculpatorias ofrecidas por el propio recurrente como así mismo, y de forma más definitiva, por la existencia del dato, que se dice objetivo, de unas misivas dirigidas por el acusado a sus superiores, bastantes años antes de su llegada a España, en las que para demandar los ascensos que se le niegan alude a su colaboración en los actos de la denominada "guerra sucia".

A tal respecto ha de tenerse en cuenta, de una parte, que la desacreditación de la versión exculpatoria ofrecida por el acusado no puede ostentar el carácter de "dato objetivo" corroborante de la inicial autoinculpación.

Todo lo más, esa constatación de semejante falsedad podrá servir de refuerzo para la convicción íntima e, incluso, argumentativa del Juzgador, pero, como queda dicho, no supone, por sí misma, que hayan de ser verdad las manifestaciones iniciales que ahora se pretenden rectificar, ya que resulta plenamente lógico el que, sometido al procedimiento, el imputado en él busque vías para su defensa, que no pueden llegar a exonerar a quien acusa, una vez descubierto su carácter inveraz, de la obligación fundamental de acreditación de los hechos, que le incumbe.

Y, a su vez, en cuanto a las referidas cartas, que tan definitiva eficacia corroborativa tienen para mis compañeros, difícilmente entiendo que pueden ostentar el necesario carácter objetivo, toda vez que no dejan de ser otras meras informaciones subjetivas, procedentes del mismo acusado y que, si bien son anteriores en el tiempo a este procedimiento, no por ello tienen que gozar de mayor credibilidad que la propia declaración autoinculpatoria, puesto que en ellas no sólo se facilitan datos comúnmente conocidos por muchas personas, acerca de las actividades delictivas llevadas a cabo en aquel tiempo en Argentina, sino que, además, responden, porque en su propio texto así se dice, a ese afán de promoción desatendido por sus superiores que, precisamente, es el mismo que luego alegará, una vez en España, para explicar el por qué, de forma voluntaria vino a este país e hizo su relato inicial.





Con lo que, a la postre, la existencia de tal correspondencia epistolar, también podría transformarse de elemento corroborante de la verdad de su autoinculpación en instrumento de acreditación de la realidad de sus afirmaciones acerca del motivo espurio de la declaración y, por ello, de la falsedad de su contenido.

Si a todo ésto le unimos, las posibilidades ciertas con las que contaban las acusaciones, algunas integradas por nacionales del país donde los hechos ocurrieron y vinculadas a las propias víctimas de aquellas atrocidades, de aportar algún testimonio que identificase con certeza, como autor de los hechos, al recurrente, máxime cuando éste ofreció inicialmente datos concretos, fechas y lugares, de los mismos y, a pesar de ello, el Tribunal de instancia y esta Sala se han visto obligados a construir su convicción sobre tan parco y frágil acervo probatorio, yo, al menos, no puedo considerar suficientemente cumplidas las exigencias para un razonable enervamiento del derecho a la presunción de inocencia que nuestra Constitución consagra también para el recurrente.

### III

Pero, con todo, la principal objeción que me merece el criterio mayoritario no es otra que la referente al fundamento de la "perseguidibilidad" de las infracciones enjuiciadas, más propiamente a mi juicio, a la existencia del presupuesto de jurisdicción necesario, en todo caso, para alcanzar un pronunciamiento por parte de los Tribunales españoles acerca de los hechos objeto de enjuiciamiento, extremo que aborda esencialmente la Resolución mayoritaria en sus Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo.

Compartiendo plenamente, de una parte los argumentos que excluyen la posibilidad de condena por un delito de lesa Humanidad, criterio rechazable en su momento adoptado por el Tribunal "a quo", así como los razonamientos a propósito de la inexistencia del Genocidio, aspecto éste abordado por la mayoría con razonamientos extraordinariamente clarificadores en cuanto al alcance de dicho tipo penal en nuestro ordenamiento, no cabe duda de que los hechos descritos en la narración de Hechos Probados de la recurrida integran todos los elementos necesarios para su calificación como Asesinatos, en número de treinta, y otra serie de Detenciones ilegales, una en concepto de autor y doscientas cincuenta y cinco en el de cómplice, de acuerdo con lo que en la Sentencia se afirma.

Ahora bien, el que se produzca dicho encaje legal respecto de las conductas atribuidas al recurrente, dista mucho de suponer que los Tribunales de nuestra Nación puedan enjuiciarlos, pronunciarse sobre ellos y concluir en su condena.

El principio de Justicia Universal, consagrado sin duda en nuestra legislación (art. 23.4 LOPJ), incluso con la reforzada interpretación que del mismo ha hecho el propio Tribunal Constitucional al considerarlo como de carácter "absoluto" (vid. STC 237/2005, anulatoria de la anterior de esta Sala nº 327/2003), no deja de significar un instrumento de verdadera excepcionalidad, tributario de una vocación de internacionalización de nuestra Justicia penal, en la persecución de aquellos gravísimos delitos que ofrecen una dimensión coincidente con los denominados Crímenes contra la Humanidad, en el seno de la Comunidad Internacional.

Evidentemente, el Asesinato y la Detención ilegal, por importante que sea su gravedad intrínseca, no alcanzan la categoría de aquellas infracciones que, inveteradamente han sido contempladas tanto en los Tratados internacionales como en nuestra propia legislación interna, como justificativas de la intervención extraterritorial con base en el principio consagrado de Jurisdicción Universal.

Así, si una determinada conducta, desde el imperio del principio de legalidad penal, no puede ser considerada como Genocidio, por estrictas razones ontológicas, normativas y de contenido, y, por otra parte, en esta ocasión con base en argumentos sobre la temporalidad de su acaecimiento y de las previsiones legales coetáneas a él, tampoco es posible su calificación como delito de lesa Humanidad, no puede llegarse a otra conclusión que la de afirmar que se encuentra excluida del ámbito y la categoría de los delitos perseguibles con apoyo en ese principio de Jurisdicción Universal.

Es precisamente su carácter distinto a los meros atentados tradicionales contra la vida, la integridad o la libertad, lo que justifica su tipificación independiente, cuando concurren elementos, como su carácter de agresión contra una colectividad, para elevarlos a un categoría superior, merecedora de su persecución extraterritorial.

De hecho, para la atribución de su conocimiento a nuestros Tribunales, sería preciso que el Legislador nacional expresamente los incorporase al precepto que habilita para el ejercicio de esa Jurisdicción extensible más allá de nuestras fronteras.

Lo que, obviamente, no se contempla en el referido artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto del tipo legal del Asesinato ni de la Detención ilegal.

Mis compañeros, en un indudable y meritorio esfuerzo de fundamentación compleja, en realidad, culminan un discurrir procesal tan sencillo como el siguiente:





a) Los Tribunales españoles inicialmente consideraron que, pudiendo constituir los hechos denunciados un delito de Genocidio, eran competentes, en virtud de nuestro principio de Justicia Universal, para su conocimiento.

b) Posteriormente, la Audiencia Nacional condena al acusado, excluyendo la presencia del delito de Genocidio, pero calificando los hechos como delitos de lesa Humanidad, lo que justificaría la Jurisdicción aunque, al tiempo de producirse aquellos, semejante tipo penal no se encontrase aún entre las previsiones normativas entonces vigentes en nuestra legislación.

c) Y, por último, esta Sala, reitera la exclusión del Genocidio, así mismo rechaza la posibilidad de calificar unos hechos con una tipificación no prevista cuando acontecen, pero mantiene la condena, ahora sobre la base de que constituyen delitos de Asesinato y Detención ilegal, que sí que estaban, obviamente, previstos en la Ley, aunque esa previsión no permitiera, propiamente, la inicial atribución de Jurisdicción.

En definitiva, se trata en mi opinión de una secuencia de forzadas interpretaciones del principio de legalidad.

Primero, calificando unos hechos como lo que no eran, con la importante consecuencia de permitir la aplicación del principio de Jurisdicción Universal y el que, en su virtud, pudiesen entrar a conocer de ellos nuestros Tribunales, más tarde, en la Sentencia recurrida, calificándolos adecuadamente para sustentar la condena como delito de lesa Humanidad, pero aplicando indebidamente un tipo inexistente al tiempo de su producción, manteniendo así la virtualidad del fundamento jurisdiccional; y, finalmente, se corrige esa vulneración del principio de legalidad en su aspecto de irretroactividad de la norma penal, calificando con toda corrección las conductas enjuiciadas, pero aplicando unos tipos, el Asesinato y la Detención ilegal, que, de por sí, negarían la Jurisdicción de los Tribunales españoles para su enjuiciamiento.

Porque, si desde el primer momento se hubiera considerado que los delitos perseguidos eran Asesinatos y Detenciones ilegales, parece razonable pensar que no habrían dado lugar a un procedimiento en nuestro país, por obvia insuficiencia de los requisitos para la aplicación del principio de Jurisdicción Universal, tal como viene establecido por el Legislador nacional.

Con la simple aplicación de las previsiones contenidas en el artículo que tal instituto regula (art. 23.4 LOPJ), tal conclusión debiera resultar ineludible.

Forzar en este momento, "a posteriori", una argumentación consistente en dar por buena la atribución de la Jurisdicción, con base en unos criterios que, posteriormente, se rechazan, y, no obstante, concluir en una condena sobre unos pronunciamientos que no habrían satisfecho las exigencias legales iniciales para aquella previa atribución, con todo el respeto sincero que me merecen mis compañeros integrantes en este caso de la mayoría, se me revela como algo artificioso que, en definitiva, vulnera el principio de legalidad cuando menos en materia de Jurisdicción, por suponer, en realidad, una interpretación analógica "in malam partem" de los tipos penales, equiparando el delito de "lesa Humanidad" (atributivo de la Jurisdicción) al Asesinato y Detención ilegal (de tipificación coetánea a la producción de los hechos), así como claramente extensiva, contra reo, del contenido normativo del principio de Jurisdicción universal en nuestro ordenamiento.

Pues la Jurisdicción, como es sobradamente sabido, es un presupuesto ineludible para el conocimiento de unos determinados hechos, que debe concurrir, por atribución expresa de la Ley, en el momento mismo del acaecimiento de aquellos.

Las excepciones al respecto que históricamente hayan podido producirse en el ámbito del Derecho Penal Internacional, al margen de su imposibilidad de traslación a nuestro sistema interno y de la opinión que pudieran merecer en orden al respeto a las más esenciales garantías del enjuiciamiento, en la práctica han sido ya superadas cuando el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional, atribuye a ésta una competencia, precisamente avocada al conocimiento en el futuro de las infracciones que justifican la existencia misma de la Jurisdicción Universal, tan sólo para el enjuiciamiento de los hechos posteriores a su nacimiento.

Se completa, sin embargo, el argumentar de la Sala, en un intento de justificación último, con la inequívoca voluntad de evitar lo que a mi juicio resulta inevitable como es el que pudiera pensarse que un Tribunal nacional enjuicia y condena unos delitos cuyo conocimiento correspondería por sus características y tiempo de producción, exclusivamente a los Jueces de la Nación en la que se cometieron, interpretando que los Asesinatos y Detenciones ilegales enjuiciados eran, en realidad, algo más que unos Asesinatos o Detenciones, valga la expresión, "comunes", es decir, propios exclusivamente del ordenamiento y Jurisdicción internos.

Pues, aunque cometidos en Argentina, fuera de nuestras fronteras, en realidad no sólo su autor conocía evidentemente el contenido antijurídico de su conducta, así como la trascendencia penal de la misma, sino que, además, también habría de saber la extraordinaria gravedad de la misma en aquel caso concreto, de un grado superior al propio Asesinato o a las Detenciones ilegales en principio cometidos, alcanzando la categoría





de verdaderos "Crímenes contra la Humanidad" (véase la, a mi juicio, curiosa, atípica y reveladora mención que atribuye ese carácter a los delitos objeto de condena en la parte dispositiva de la Segunda Sentencia dictada por la Sala) hasta el punto de que su persecución estaba autorizada, con base en el espíritu que anima la extensión transnacional de la Jurisdicción, en un ordenamiento extranjero, concretamente el español, país al que, por otra parte, precisamente acude quien los cometió de forma aparentemente voluntaria.

Fundamentar con base en el significado atribuible a unos hechos, más allá de su concreta tipificación penal, sencillamente por su "contexto", algo que ha de depender precisamente de la expresa incorporación del tipo a la norma procesal reguladora de una institución de la importancia de la Jurisdicción Universal, en mi opinión, es más que cuestionable.

Y todo ello al margen de aquellos otros importantes efectos previsibles como consecuencia de este pronunciamiento, según el cual, a partir de ahora, la ya de por sí amplia configuración del principio de Jurisdicción Universal, generosamente interpretado incluso por la doctrina constitucional, se ha de ver ampliada aún más a todos aquellos supuestos de delitos contemplados hoy dentro del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque su comisión se produjera con anterioridad a esa previsión, por la vía de considerar que tipos pretéritos incorporaban ya los elementos de los ahora enumerados en la norma atributiva de la referida Jurisdicción.

En conclusión y por todas las razones expuestas, considero que el pronunciamiento que esta Sala debería haber alcanzado ante el Recurso que nos ocupa, y sin necesidad de entrar en otras consideraciones propias de un análisis posterior, no podía ser otro que el de proceder a la estimación del mismo, con la absolución del recurrente en este procedimiento, por ausencia del requisito procesal de Jurisdicción para el conocimiento por los Tribunales españoles de los hechos objeto de la presente causa.

Jose Manuel Maza Martin

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Joaquin Gimenez Garcia

Mi discrepancia con la sentencia de la mayoría se centra fundamentalmente en el f.jdco. décimo en el que dando repuesta al recurso de Zaira y otros que postulaban la calificación jurídica de delito de Genocidio para los hechos imputados al condenado Agapito, la sentencia de la mayoría rechazó tal petición –folios 65 a 74– con unos argumentos que, desde el respeto para esa decisión, no puedo compartir.

Para una mayor comprensión, partiré de ambos fallos recaídos en primera instancia y casación.

1- La sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, condena al recurrente como autor de un delito de Lesa Humanidad, rechazando la calificación de Genocidio –págs. 110 y siguientes de dicha sentencia–.

2- La sentencia de la mayoría de esta Sala condena al recurrente como autor de delitos de asesinato y detención ilegal y aplica la pena correspondiente a estos delitos, añadiendo que constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional, pero no aplica la pena correspondiente a los crímenes de Lesa Humanidad ni el propio *nomen iuris*, con el argumento de que dicho tipo penal, descrito en el art. 607 bis del vigente Cpenal fue introducido por L.O. 15/2003 iniciando su vigencia a partir del 1 de Octubre de 2004, y en esta situación no procedía aplicar retroactivamente y en contra del reo un tipo penal introducido con mucha posterioridad a la ocurrencia de los hechos enjuiciados: unos treinta años.

En tal sentido, se dice en el f.jdco. octavo de la sentencia de esta Sala que "*....no puede aplicarse un tipo delictivo posterior a los hechos salvo si es más favorable....*", pero partiendo de que reflexión de que "*....el castigo de las conductas constitutivas de crímenes contra la Humanidad era notoriamente anterior en el tiempo a los hechos enjuiciados....*", se concluye afirmando que no se vulnera el principio de legalidad si se impone al recurrente las penas de los delitos de asesinato y detenciones ilegales cometidos en las concretas víctimas citadas en el *factum*, hechos punibles tanto en el derecho argentino como en el español. Es decir, se reconoce que los hechos constituyen un delito de Lesa Humanidad según el Derecho Internacional, no se aplica ese tipo en virtud del respeto al principio de legalidad penal, al haberse introducido este delito en la legislación española en la fecha indicada y se le condena como autor de delitos de asesinato y detenciones ilegales, rechazando la tesis del Genocidio que propugnaba una de las acusaciones particulares.

Creo que existen razones *sólidas para calificar los hechos como constitutivos de Genocidio*, calificación que no genera ningún problema desde las exigencias del principio de legalidad, pues tal delito, con el carácter de delito internacional tuvo su origen en la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 9 de Diciembre de 1948, y fue introducido en España por Ley 44/71 de 15 de Noviembre –art. 173 bis–, y por tanto con anterioridad a los hechos enjuiciados que se iniciaron según el *factum* en el año 1975.







Actualmente el Genocidio se encuentra descrito en el art. 607 del Cpenal y es el *primero* de los delitos citados en el art. 23-4º de la LOPJ protegidos con el Principio de Justicia Universal, y por tanto, son competentes los tribunales españoles en cualquier caso con independencia del lugar de comisión o nacionalidad de los autores.

En síntesis, en el f.jdco. décimo de la sentencia de la mayoría se rechaza la tesis del Genocidio porque, según el tipo penal el objetivo o vocación de exterminio, que constituye la esencia del tipo, debe referirse a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, y como en el caso de autos, *los victimarios y las víctimas pertenecían al mismo grupo nacional* –todos eran argentinos–, no es posible la determinación del grupo a exterminar por ninguno de los criterios típicos descritos en el tipo penal. Se dice en la pág. 71 de la sentencia "...es el texto literal del precepto el que impide que el grupo protegido se identifique sin tener en cuenta ninguno de los aspectos típicos....".

En definitiva, lo que está en juego es el *ámbito y extensión en relación a la expresión de "grupo nacional"*, el debate se centra en determinar si los sub-grupos que compartiendo la misma nacionalidad y no definidos por razones étnicas, raciales o religiosas pueden ser víctima de Genocidio lo que nos lleva a si el grupo político disidente puede ser víctima este delito en los casos en los que otro grupo de la misma nacionalidad trate de exterminarlos.

No se trata de una cuestión que haya surgido con posterioridad a la definición del delito de Genocidio. Antes bien, y como se reconoce en la sentencia, *la cuestión se presentó en la redacción de la Convención de 1948* pero se obvió, y por razones políticas. En el escrito del recurso de Zaira y otros se hace referencia a los trabajos preparatorios de la Convención, y a la primera votación llevada a cabo en el seno de las Naciones Unidas en la que se acordó incluir a los grupos políticos como grupo protegido a efectos del delito de genocidio –por 29 votos a favor, 13 en contra y 9 abstenciones– (UN.DOC. A/ C.6/SR.75), pero finalmente en la última votación se rechazó la inclusión por 22 votos –6 votos y 9 abstenciones– (UN.DOC. A/ C.6/SR. 128).

Con ello quiero dejar constancia que la *cuestión es contemporánea a la Convención de 1948*, no es ningún debate reciente, ni menos surgido al calor de los hechos enjuiciados.

Estimo que esta Sala debió haber efectuado una interpretación del delito de Genocidio que incluyera en el término "*grupo nacional*" el exterminio de los grupos políticos de la misma nacionalidad por las siguientes razones:

1- La práctica judicial anterior a esta causa, dimanante tanto de la Audiencia Nacional, de esta propia Sala II y del Tribunal Constitucional apoya esta interpretación. En el Caso Pinochet, las resoluciones de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de Noviembre de 1998, se vino a incluir dentro del concepto de grupo nacional protegido las persecuciones y políticas de exterminio de grupos sociales y políticos, y al respecto pueden recordarse que los indicados autos de 4 y 5 de Noviembre, indican al respecto que "*el silencio (del grupo político) no equivale a exclusión indefectible*", y de hecho la causa se aperturó por posible delito de Genocidio.

También por delito de Genocidio se inició la instrucción por el Caso Guatemala tramitado por la Audiencia Nacional y que dio lugar a la sentencia de esta Sala Segunda de 25 de Febrero de 2003, que el Tribunal Constitucional en su sentencia 237/2005 de 26 de Septiembre, estimó vulneradora de derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien el tema central de la resolución fue el ámbito del principio de justicia universal, es lo cierto que los hechos aparecían calificados como constitutivos de un posible delito de Genocidio.

Finalmente esta misma causa –Sumario 19/97 del Juzgado Central nº 5–, fue tramitada inicialmente por delito de Genocidio, y así se calificaron los hechos por las acusaciones pública y particular, junto con otras calificaciones alternativas. Se aperturó el Plenario, se llevaron a cabo los debates y se concluyeron las calificaciones manteniendo como tesis principal la del delito de Genocidio y fue en la sentencia, cuando el Tribunal de la Audiencia Nacional optó por la calificación alternativa de delito de Lesa Humanidad.

Existen pues precedentes en nuestro derecho interno de causas abiertas por delito de Genocidio en relación a grupos políticos y si en esos precedentes era correcta y nunca fue cuestionada tal calificación dada durante la instrucción, estimo que la misma debería haber sido mantenida.

2- Como se reconoce en la propia sentencia de esta Sala –pág. 70– las leyes han de ser aplicadas teniendo en cuenta la realidad social del tiempo –art. 3-1º Código Civil –, y enlazado con ello, hay que recordar que esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo como *último intérprete de la legalidad penal ordinaria está legitimada para fijar el contenido y ámbito que debe darse al término "grupo nacional"*, dada la ausencia de definición legal, y su vaguedad. Es precisamente esta la *primera* ocasión en que de manera frontal se suscita la ocasión, y creo que la Sala estaba perfectamente legitimada para efectuar un pronunciamiento en el sentido que se postula.

3- Este pronunciamiento no supondría una interpretación analógica en contra del reo. Ante la ausencia de definición legal, la interpretación que se propugna sólo hubiera llenado un vacío ante la ausencia de una



definición aceptada en sede internacional. Hoy día, la realidad de los movimientos migratorios que han adquirido un carácter global, han convertido el término nacional en algo escasamente identificador porque si por grupo nacional se entiende a las personas que tienen un mismo origen, se debe convenir que hoy no es así. La común nacionalidad se predica hoy de personas nacidas en distintos y lejanos lugares, de etnias y culturas muy diferentes.

Evidentemente, el término "*grupo nacional*" es un elemento normativo del tipo de Genocidio, pero dada su vaguedad es, debe ser, la jurisprudencia del país concernido quien debe fijarlo, y, en concreto aquel Tribunal que por su situación en el organigrama judicial le corresponde la *determinación del contenido de la norma. En definitiva, es la interpretación judicial de la norma efectuada por el Tribunal Supremo quien fija el contenido de ella*, ante las vaguedades u oscuridades que ofrece el texto legal. En este punto es de obligada cita el art. 1-6º del Código Civil que le concede a la jurisprudencia la labor de *completar* el ordenamiento jurídico, y todo ello, insisto, sin riesgo de incidir en una interpretación analógica extensiva.

4- El derecho comparado no se opone a la concepción amplia que aquí se propone. Hay Estados de nuestro entorno –como Francia en su art. 211-1 del Código Penal –, que en la definición de Genocidio incluyen el exterminio de cualquier grupo; textualmente se considera Genocidio la ejecución de un plan concertado tendente a destruir "*...o de un grupo determinado a partir de cualquier otro criterio arbitrario...*". Existen pronunciamientos de Tribunales Internacionales que en una aproximación a los que aquí se propone admiten que la estigmatización del grupo a exterminar puede ser efectuada de manera *subjetiva* cuando el grupo dominante determine las condiciones que adornan a ese grupo "*garante*" y por contra aquellos otros individuos en los que no concurrirían tales requisitos serían "*extraños*" al grupo, y como tal susceptibles de exterminio. En este sentido, la sentencia de TPI de Yugoslavia –caso Jelusic– citado en la sentencia de la mayoría.

*"...Un grupo puede ser estigmatizado de forma positiva o negativa. Se entiende estigmatización positiva cuando el perpetrador distingue a un grupo por características que él considera propias de ese grupo, y negativa cuando la identificación de un individuo como no miembro del grupo al que el perpetrador considera que pertenecen los que reúnen determinadas características. De ahí que todos los individuos que son rechazados por exclusión formarían un grupo distinto. La Sala es de la opinión ya expresada por la Comisión de expertos y considera en consonancia que sus disposiciones también protegen aquellos grupos definidos por exclusión cuando sus miembros hayan sido estigmatizados por los perpetradores..."*

Es que la técnica utilizada tras el golpe de Estado en Argentina, según se narra en los hechos probados. El grupo en el poder, y que tenía todos sus resortes, se define asimismo como los garantes del "*alma argentina*" y de la "*civilización cristiana occidental*", quedando extramuros de ellos todos los demás, que formaban un grupo heterogéneo entre sí, pero que para el grupo dominante tenían como denominador común que les daba cohesión al ser "*extraños*" a aquella comunidad autodefinida por los exterminadores. Los hechos tal y como son narrados en los hechos probados responden a delitos de Estado porque este era "*propiedad*" del grupo dominante, cometidos por los aparatos del Estado a través de las concretas personas que actuaban.

Es decir, desde el monopolio del poder que se tenía, existió un proceso de autodefinición positiva de los propios victimarios y, paralelamente un proceso de exclusión y de estigmatización negativa en las víctimas con lo que el grupo excluido, no obstante su heterogeneidad aparecía como uniforme para el grupo victimario.

5- Tan es evidente que la realidad social de hoy incluye como supuesto de Genocidio la política de exterminio de la disidencia política, que el diccionario de la Real Academia Española en su vigésima segunda edición correspondiente al año 2001 define el Genocidio en los siguientes términos:

*"...exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivos de raza, de etnia, de religión, de política o de nacionalidad..."*

6- Porque en los hechos enjuiciados desde la realidad de los grupos antes explicados, la política de exterminio iniciada no es una mera acumulación de delitos contra las personas sino una acción concertada dedicada a la eliminación del grupo como tal. Existió un "*aliud*" diferente a la mera suma de delitos.

7- La propia realidad de la circunstancia agravante 4ª del art. 22 del Cpenal –cometer el delito por razones racistas– incluye en la relación entre otros a "*...otra clase de discriminación referente a la ideología...*", lo que estimo argumento coadyuvante en favor de la tesis amplia del concepto grupo nacional.

8- Por razones de política criminal y coherencia jurídica. La definición en el art. 607 bis. del Código del delito de Lesa Humanidad incluye el "*...ataque generalizado o sistemático contra una población civil o contra una parte de ella...*". Esta expresa inclusión exige por coherencia la inclusión del exterminio de un sub-grupo nacional por razones políticas como supuesto de Genocidio. En definitiva, si la razón del tipo penal estriba en la negación del derecho a la existencia de un grupo humano, sin desconocer que, *en origen*, los cuatro límites que delimitaban el ámbito de protección de la norma era la nacionalidad, la etnia, la religión y la raza, parece obvio que *actualmente*,



ante la evolución de la conciencia jurídica y los cambios sociales, no existe ninguna razón jurídica que impida, a mi juicio, que esta Sala, en este caso fije y determine el ámbito de protección de la norma ante la propia vaguedad del término "*grupo nacional*" en el sentido que se postula sin sentirse obligado a asumir un concepto nacido y anclado hace más de 60 años, y respecto del que esta Sala nunca se ha pronunciado.

Sabido es que la diferencia entre los delitos de Genocidio y de Lesa Humanidad se encuentra en la *vocación de exterminio* del grupo que se da en el primero y *no* en el segundo. Carece de sentido excluir del Genocidio la política de exterminio de un sub-grupo nacional por razones políticas y que la muerte o demás hechos típicos propios del delito de Lesa Humanidad *sin* vocación de exterminio, efectuadas por un grupo contra otro de la población civil, o parte de ella sea considerada delito de Lesa Humanidad.

No es razonable que si el delito de Lesa Humanidad es un complemento del delito de Genocidio para cubrir las acciones ajenas a la vocación de exterminio, cometidos contra cualquier grupo de población, en el delito de Genocidio se *excluya* de su protección al exterminio de esos grupos.

En definitiva, carece de lógica jurídica que el ámbito personal de protección de la norma sea más amplio en el delito de Lesa Humanidad que en el de Genocidio.

Por las razones expuestas y con todo respeto a la opinión mayoritaria, considero que *los hechos debieron ser calificados y sancionados como constitutivos de un delito de Genocidio del art. 607 Cpenal* como solicitaba la Acusación Particular, cuyo recurso debió, a mi juicio, ser estimado.

Fdo.: Joaquin Gimenez Garcia

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. Manuel Marchena Gomez

Soy plenamente consciente de que la gravedad de los hechos sometidos a enjuiciamiento, la naturaleza de los bienes jurídicos ofendidos y, sobre todo, la necesidad de otorgar a las víctimas la reparación jurídica que con tanta justicia reivindican, nos obligan a la búsqueda de soluciones jurídicas que impidan la impunidad de acciones tan gravemente atentatorias a los derechos humanos. Comparto, pues, el deseo de todos los integrantes de la Sala de ofrecer una respuesta jurisdiccional acorde con la dimensión universal de los valores jurídicos en juego.

Considero, sin embargo, que la interpretación que nuestra sentencia hace del principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional, debilita de forma irreparable la vigencia de postulados irrenunciables en el proceso penal. Entiendo, además, que la marginación de algunos de los presupuestos que delimitan el ejercicio de la función jurisdiccional -siempre injustificable-, ni siquiera era el *sacrificio obligado* para el logro de una *solución justa*.

Recientes decisiones del Parlamento y de la Corte Suprema de la República Argentina -a las que me refiero *infra*- demuestran que se han removido los obstáculos históricos que alentaban la impunidad de quienes encarnaron las estructuras de poder en los años de la dictadura militar. A partir de ese momento, en el que las autoridades judiciales argentinas adoptan las decisiones precisas para el enjuiciamiento de los responsables, España ha dejado de ser la jurisdicción más adecuada para el conocimiento de los hechos. Y participo de la idea de que el *principio de la jurisdicción más adecuada* no es, desde luego, un voluntarista enunciado para el reparto convencional de espacios jurisdiccionales. Ni tiene nada que ver, por otra parte, con las razones que dieron sentido a nuestra sentencia núm. 705/2007, 18 de julio, con cuya doctrina me identifiqué plenamente, y que sirvieron para anular el auto de la Audiencia Nacional 20 de diciembre de 2006 (caso Cavallo).

Como punto de partida, quiero aclarar que no albergó ninguna duda acerca de que los hechos declarados probados describen un delito de lesa humanidad del art. 607 bis 1, 1º y 2º y 2, 1º, 7º y 8º, en la redacción dada al precepto por la LO 15/2003, 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004. De ahí que exprese mi coincidencia con la calificación jurídica proclamada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional. Cuestión distinta es que esa calificación jurídica sea susceptible de una aplicación retroactiva a hechos anteriores a su entrada en vigor y que, además, permita justificar su persecución en nuestro territorio.

Mi conclusión acerca de la imposibilidad de la aplicación retroactiva que ha llevado a cabo la Audiencia Nacional, es coincidente con el criterio mayoritario de mis compañeros de Sala. En efecto, el FJ 6º, apartado 2 de nuestra sentencia, advierte de la imposibilidad de atribuir eficacia retroactiva a un precepto penal no vigente en el momento de cometerse los hechos, a menos que se trate de una norma penal más favorable, idea reiterada en los apartados 6 y 8 del mismo fundamento jurídico. Me identifiqué, pues, con la idea que late en el razonamiento jurídico de nuestra sentencia, cuando expresa que el art. 607 bis del CP, como norma penal sustantiva interna, no es aplicable debido a su falta de vigencia en el momento de ejecución de los hechos.





Mi coincidencia con el resto de la Sala, sin embargo, se convierte en manifiesto desacuerdo cuando el infranqueable obstáculo representado por el principio de legalidad se pretende sortear mediante una argumentación, tan voluntariosa y bien construida, como arriesgada desde el punto de vista de las garantías constitucionales. En efecto, la improcedencia de aplicar un precepto penal -art. 607 bis-, cuya entrada en vigor se produjo en nuestro país veintiocho años después de cometidos los hechos enjuiciados -cfr. LO 15/2003, 25 de noviembre-, ha llevado a la Sala a construir un discurso argumental alternativo mediante el que se intentan superar los problemas jurídicos que la propia Sala detecta y que no son otra cosa que las exigencias inherentes al principio de legalidad. A mi juicio, sin embargo, la audaz solución jurídica suscrita por el criterio mayoritario, que ha permitido la condena del recurrente, no puede aceptarse a la luz de las exigencias constitucionales inherentes al principio de legalidad (art. 25, 9.3 y 24.1 de la CE).

### **Del riesgo de desnaturalización del principio de legalidad**

La resolución de la que discrepo parte de la constatación de que, si bien es cierto que los hechos imputados en la sentencia no estaban entonces previstos como delito ni en Argentina ni en España, no lo es menos que tales delitos sí estaban tipificados como delitos comunes -homicidio, asesinato, detención ilegal-. En este sentido, la previsibilidad respecto de su carácter delictivo y de la pena asociada, era indiscutible en el momento de la comisión. Desde esta perspectiva, resultaría indiferente el *nomen iuris*, pues el aspecto material del principio de legalidad sólo requiere la previsión de su carácter delictivo y de la correlativa sanción penal. Los crímenes contra la humanidad del art. 607 bis -se razona- no son otra cosa, con algunas excepciones, que delitos comunes circunstanciados.

En mi opinión, es cierto que el principio de legalidad implica *previsibilidad*. Pero no sólo eso. El principio de legalidad en la aplicación de la ley penal es algo más que una simple exigencia de previsibilidad. No basta con constatar su concurrencia para, a partir de ahí, aceptar la condena por un delito no vigente en el momento de su comisión. El núcleo argumental sobre el que se construye la opinión mayoritaria fluctúa, a mi juicio, entre un razonamiento de corte iustnaturalista -basado en la incriminación universal de los delitos contra la vida y la libertad- y una equívoca mención a la conciencia de antijuricidad. El principio de legalidad, desde sus orígenes históricos, busca que los particulares sepan a qué atenerse, pero también es una construcción al servicio de la libertad, encaminada a impedir que el *ius puniendi* sea ejercido indiscriminadamente, sin otro soporte que el que proporciona el voluntarismo judicial. Y es que la tradicional exigencia de *lex certa* no sólo adquiere significado en el proceso de elaboración de la ley penal, sino también en el de su interpretación y aplicación.

No puedo sumarme a esa práctica redefinición del principio de legalidad, surgida del especial acento puesto en su *aspecto material*, desplazando a un lugar menor el *nomen iuris* con el que cada sistema penal identifica los hechos susceptibles de persecución en su territorio. Entiendo que, tratándose del principio de legalidad, el énfasis en los *aspectos materiales*, por contraposición a unos *aspectos formales* que, precisamente por ello, podrían ser minusvalorados, encierra el riesgo de contribuir, con la cobertura de una cuestionable visión hilemórfica, a la eliminación de su verdadero significado.

También entiendo que la consideración del delito de lesa humanidad como *delito común circunstanciado*, nos conduce a la negación de su sustantividad, hasta el punto de convertir lo principal en subsidiario. El delito de lesa humanidad no es un *plus* respecto de los delitos de homicidio, detención ilegal y asesinato. Por el contrario, es un *aliud*, del que no puede prescindirse cuando lo que se está discutiendo es la legitimidad de una condena que ha calificado los hechos como encajables en el art. 607 bis del CP. No comparto la degradación que hace nuestra sentencia de la sustantividad típica del delito de lesa humanidad, hasta el punto de convertir lo que son verdaderos elementos del tipo objetivo en *elementos de contexto* cuya efectiva vigencia puede reputarse irrelevante en el momento de verificar el juicio de tipicidad.

Me resulta obligado expresar mi desacuerdo con la relativización del principio de legalidad que se contiene en la sentencia de instancia y que también detecto en nuestro pronunciamiento. Es cierto que el criterio mayoritario encuentra apoyo en concepciones doctrinales -algunas de ellas no precisamente novedosas- que han llegado a afirmar que el principio de legalidad forma parte de un dominio ajeno al derecho penal internacional. Su específico ámbito de aplicación estaría relacionado con la necesidad de proteger al inocente contra condenas injustificadas. Fuera de ese contexto, produciría el efecto contrario, convirtiendo al Estado en sujeto de la protección, contrariando así su genuino significado liberal. Conforme a esta idea, el principio de legalidad sería claramente prescindible en aquellos casos en los que el acto enjuiciado no sólo sea contrario a la moral, sino digno y necesitado de castigo, de suerte que su impunidad aparezca como absolutamente *insoportable* para el derecho. Se trataría, en fin, de aceptar la exclusión operativa del principio de legalidad en aquellos casos en los que su mantenimiento conlleve una grave quiebra de otro principio del mismo rango axiológico, el principio de seguridad jurídica, es decir, cuando la impunidad genere un verdadero *efecto de conmoción* en la autoridad del ordenamiento jurídico y en la conciencia jurídica general. Con uno u otro







razonamiento, la degradación del principio de legalidad se justificaría ante la necesidad de evitar que el *nullum crimen sine lege* pase de ser un principio al servicio de la justicia a un principio al servicio de la injusticia.

Conforme a este entendimiento de la singularidad de determinados delitos, sería posible construir hasta una *cuarta vía* del derecho penal para aquellos supuestos de impunidad auspiciada por unas estructuras estatales al servicio de la vulneración masiva de derechos humanos. Como premisas de ese nuevo desafío dogmático se han señalado las siguientes: a) el derecho positivo debe ser flexible, pero no exacto; b) la prohibición de aplicación retroactiva de la ley debe quedar de lado, cuando sea adecuado al fin perseguido; c) cabe fundamentar las decisiones en consideraciones iustnaturalistas.

Desde mi punto de vista, sin embargo, el principio de legalidad no es una categoría prescindible en el derecho penal internacional. Se oponen a ello el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 ("*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*"); el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 ("*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*"); el art. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 ("*nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida*") y el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 ("*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*").

Entiendo que la vigencia de este principio no puede verse erosionada por una interpretación de los arts. 15.2 del mencionado Pacto de 1966 y 7.2 del Convenio de 1950, ajena a su verdadero significado jurídico e histórico. En efecto, en ambos preceptos, con una fórmula jurídica prácticamente idéntica, se aclara que la aplicación del apartado primero no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de cometerse, "*... constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*".

No es posible, desde luego, aspirar a la unanimidad conceptual a la hora de precisar lo que por *principios generales del derecho* deba entenderse. Sea como fuere, el alcance de esta proclamación sólo puede explicarse por la preocupación de los Estados contratantes de permitir la persecución de los crímenes nazis tras la segunda guerra mundial, posibilitando así la aplicación retroactiva de las normas. Tienen razón quienes, ya desde un primer momento, llamaron la atención sobre la defectuosa técnica legislativa que encerraban ambos apartados, pues no es acorde con la naturaleza misma de los principios generales del derecho la definición de delitos. Su obligado nivel de abstracción impediría reconocer entre las funciones de esos principios, la de describir acciones u omisiones delictivas. De hecho, no faltaron Estados que formularon reserva a ese segundo apartado, dando pie a cualificadas voces doctrinales en nuestro país que se han referido a la más que dudosa compatibilidad entre ese segundo apartado de la Convención de Roma de 1950 (firmada por España el 24 de noviembre de 1977 y publicada en el BOE del 10 de octubre de 1979) y las exigencias de nuestra Constitución de 1978.

No deja de ser significativo que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, otorgado en aquella ciudad el 17 de julio de 1998, al desarrollar en su Parte III *los principios generales del derecho penal*, encabece el primero de los preceptos con una proclamación expresa del *nullum crimen sine lege* (cfr. Art. 22).

En mi opinión, pues, sin adscribirme a una concepción hiperformalista del principio de legalidad y superando la tentación de un interpretar emocionalmente aquel principio, entiendo que tras esta exigencia constitucional se oculta algo más que un obstáculo decimonónico del que podamos prescindir para asegurar la eficacia en la persecución de graves delitos. La emancipación conceptual y metodológica del derecho penal internacional es ya un hecho irreversible. Más allá de las discusiones dogmáticas acerca de su verdadero ámbito o contenido, lo cierto es que su construcción no puede hacerse a costa de una ruptura con principios tan ligados a las verdaderas fuentes de legitimación del *ius puniendi*. Es cierto que no faltan voces que sugieren un replanteamiento, más o menos audaz, de la teoría de las fuentes. Sin embargo, reconocer a la costumbre internacional capacidad normativa creadora de preceptos penales, me parece un salto argumental tan arriesgado como contrario a los principios que legitiman la imposición de penas por el Estado. La costumbre no asegura la garantía de taxatividad o concreta delimitación del hecho punible. Ello no significa negarle toda





virtualidad jurídica. La costumbre sí tiene un papel decisivo en la interacción con otras fuentes del derecho penal internacional, como acontece en aquellos casos en los que un tratado internacional o una declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas acoge en una fuente formal lo que ya venía aceptándose en el ámbito puramente consuetudinario. Pero esta específica forma de interacción no puede servirnos de excusa para prescindir de las exigencias ínsitas en el principio de legalidad -por más flexibilidad que queramos adjudicar a su contenido-, ni para aceptar la costumbre como vehículo formal idóneo para la definición de las acciones y omisiones punibles y las respectivas penas asociadas.

### **Sobre la perseguibilidad de los hechos enjuiciados**

El ámbito espacial de la ley penal está definido en nuestro sistema en el art. 23 de la LOPJ. En su apartado 4º, expresión del principio de universalidad, se declaran susceptibles de ser enjuiciados en España los siguientes delitos: a) genocidio; b) terrorismo; c) piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) falsificación de moneda extranjera; e) delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores o incapaces; f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España.

A la vista de este precepto, la calificación jurídica de los hechos como delitos de asesinato y detención ilegal -criterio propugnado por la mayoría de la Sala-, impediría la persecución universal de los hechos enjuiciados. Para eludir este efecto, nuestra sentencia invoca dos argumentos básicos: a) no se vulnera el principio de legalidad si la condena se impone por hechos que constituían delitos de asesinato y detención ilegal en el momento de su comisión, tanto conforme al derecho interno español como el argentino, pues la previsibilidad de la punibilidad era indiscutible; b) la previsión internacional relativa a la persecución y castigo de conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad era notoriamente anterior en el tiempo a los hechos enjuiciados, por lo que su valoración tampoco vulnera el referido principio. De la combinación de ambos argumentos, concluye nuestra sentencia que *"... nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la humanidad conforme al Derecho Internacional Penal"* (FJ 8º).

Tal línea de razonamiento avalaría una utilitaria escisión del concepto dogmático de tipicidad, hasta el punto de que hechos calificados como asesinato y detención ilegal, dejarían de ser tales para transmutarse -sólo a efectos procesales- en delitos contra la humanidad. Creo, sin embargo, que la tipicidad es algo más que una categoría académica. La adecuación de una conducta a la descripción contenida en el supuesto de hecho de una norma penal forma parte de las garantías propias del principio de legalidad. Su voluntarista fragmentación, según que el intérprete se mueva en el ámbito del derecho penal sustantivo o en el que corresponde al derecho procesal, me parece francamente cuestionable. Y lo que es más grave, ni siquiera soluciona nuestro problema inicial.

En efecto, la afirmación de que los delitos de asesinato y detención ilegal imputados al recurrente han de ser considerados crímenes contra la humanidad a efectos de su persecución internacional, tampoco resuelve el obstáculo que encierra la falta de mención de esa categoría de delitos en el art. 23 de la LOPJ. Para ello, nuestra sentencia recurre a una interpretación analógica de este último precepto. En el FJ 7º, apartado 6 puede leerse: *"... la prohibición de analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la Humanidad es apreciable una profunda similitud, no sólo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español"*.

Si bien se mira, la superación de los problemas interpretativos que dificultan la afirmación jurisdiccional de los Tribunales españoles, se logra en nuestra sentencia mediante una más que discutible concepción proteica de la tipicidad. Los mismos hechos pueden ser, según se precise para asegurar su persecución, delitos de asesinato y detención ilegal, delitos de lesa humanidad y, en este último caso, delitos analógicamente equiparables al de genocidio.

La afirmación inicial de que nada impide una interpretación analógica de las normas procesales y orgánicas, siendo correcta, obliga a algunas matizaciones. Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así lo ha proclamado en distintas resoluciones (cfr. por todas, STC 34/1996, 11 de marzo y ATC 1167/1987, 26 de octubre). También lo es que el propio Tribunal Constitucional ha negado la posibilidad de esa misma interpretación analógica, *a favor del reo*, de la norma procesal que regula los supuestos taxativamente enumerados para habilitar el recurso de revisión (STC 944/1987, 22 de julio).

Pese a todo, no puedo dejar de expresar mis fundadas reservas a la idea de que la aplicación analógica de las normas procesales pueda llevarse a cabo sin dificultad alguna cuando de lo que estamos hablando es de un presupuesto para afirmar la jurisdicción y, con ella, la capacidad de persecución de un hecho ilícito.





En cualquier caso, me parece muy dudoso que la interpretación que ha llevado a cabo la Sala pueda estimarse respaldada a la luz de las exigencias constitucionales inherentes al principio de legalidad. Estimo que el criterio mayoritario ha ido más allá de lo que podría reputarse una legítima aplicación analógica de normas procesales. En efecto, nuestra sentencia constata que, a la vista del art. 23 de la LOPJ, los delitos de asesinato y detención ilegal no son susceptibles de persecución universal por nuestros tribunales. Para superar este problema recurre a los *elementos de contexto* que convertirían aquellos hechos delictivos en verdaderos crímenes contra la humanidad. Una vez afirmado lo anterior y como quiera que tampoco los delitos de lesa humanidad están catalogados en la enumeración del art. 23 de la LOPJ, la Sala atiende a la identidad entre estos delitos y el del genocidio para concluir su persecución universal.

Me parece francamente discutible que tras ese itinerario deductivo se encierre la simple aplicación analógica de una norma procesal. Cuando nuestra resolución atiende a la profunda similitud entre el delito de genocidio y los crímenes contra la humanidad, no está limitándose a ensanchar los límites jurisdiccionales de los Tribunales españoles. No está operando exclusivamente en el espacio reservado a la norma procesal. Por el contrario está verificando un juicio de tipicidad alternativo, que convierte unos hechos ya calificados -delitos de asesinato y detención ilegal, para los códigos penales español y argentino, crímenes contra la humanidad, para el derecho penal internacional- en una figura jurídica diferente -delito de genocidio-, todo ello con el fin de lograr su persecución universal. Y veo muy difícil que esa interpretación construida sobre tres *identidades de razón*, esa descomposición fragmentaria de la tipicidad inicialmente afirmada, no merezca el calificativo de analogía *in malam partem*.

Entiendo, además, que no existe justificación para el recurso a la aplicación analógica de la norma procesal acogida en el art. 23 de la LOPJ. En efecto, más allá de los matices doctrinales con los que quiera explicarse su naturaleza, la analogía es, ante todo, un instrumento técnico para la integración de lagunas jurídicas. Y en el caso que nos ocupa, no existe laguna jurídica que colmar. El legislador ya ha expresado su criterio a la hora de fijar los presupuestos que delimitan el ejercicio de la función jurisdiccional. No existe, en fin, un olvido legislativo necesitado de integración analógica. La inclusión *siempre y en todo caso* de los delitos de lesa humanidad entre aquellos susceptibles de persecución universal, sólo es posible a partir de una interpretación extensiva contraria a elementales exigencias constitucionales.

En efecto, a la vista del art. 23 de la LOPJ, el delito de lesa humanidad no es un delito puramente testimonial carente de toda posibilidad de persecución. Los tribunales españoles podrían extender su capacidad de conocimiento en los siguientes casos: a) cuando el delito de lesa humanidad hubiera sido cometido en territorio español (art. 23.1 LOPJ); b) cuando se hubiera cometido fuera de nuestro territorio, siempre que los criminalmente responsables fueran españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren, además, los requisitos que mencionan los otros tres apartados del art. 23.2 LOPJ; c) cuando, aun cometido fuera del territorio nacional, los criminalmente responsables fueran funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero o las víctimas fueran el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente (art. 23.3, b y h).

Es éste el ámbito de conocimiento que el legislador ha reservado a la jurisdicción española y es a este espacio jurisdiccional al que debemos atenernos.

Me parece importante destacar dos ideas clave. La primera, que la decisión legislativa de incluir el delito de lesa humanidad entre los delitos sometidos al principio de justicia universal, no sólo me parecería elogiable, sino que resolvería buena parte de las incógnitas que actualmente afectan a la definición legal y jurisprudencial de nuestros límites jurisdiccionales. La segunda, que hasta tanto esa decisión se produzca, nuestro sistema no alimenta la consolidación de lo que la sentencia de la Audiencia Nacional denomina un *derechopuramente simbólico*. Antes al contrario, el delito previsto en el art. 607 bis del CP es perfectamente perseguible en nuestro país, eso sí, siempre que se cumplan los presupuestos legales exigidos por el art. 23 y que hemos comentado *supra*.

### **Las razones sobrevenidas que han convertido a las autoridades judiciales argentinas en la jurisdicción más adecuada para el conocimiento de los hechos**

Negar la capacidad jurisdiccional de los tribunales españoles para el enjuiciamiento y condena del procesado, no implica, ni mucho menos, propugnar la impunidad de los gravísimos delitos imputados.

Debo anticipar que el supuesto que ahora enjuiciamos no es coincidente, en modo alguno, con el que fue objeto de examen en el recurso de casación núm. 329/2007, que dio lugar a la STS 705/2007, 18 de julio. Asumo íntegramente todos y cada uno de los argumentos que entonces hicimos valer para anular el auto de la Audiencia Nacional que acordaba la *inhibición* a favor de las autoridades argentinas. Como explicábamos en el FJ, "... *ni puede hablarse realmente de "declinatoria", toda vez que el conflicto competencial con los órganos de otro Estado nunca podría producirse a partir de una decisión de un Tribunal español -como ya dijo esta Sala*





en su Sentencia de 25 de Febrero de 2003 -, ni existe órgano llamado a resolver la cuestión conflictiva, caso de que llegase ésta a producirse, ni resulta concebible que la Sala de la Audiencia Nacional, ni este Tribunal por vía de recurso, decidan unilateralmente atribuir a las autoridades de otro país la jurisdicción precisa para el conocimiento de un asunto sobre el que, previamente, ya se ha determinado, de acuerdo con las normas legales aquí infringidas, que esa Jurisdicción corresponde a nuestros órganos nacionales, pues no existe norma alguna que autorice a un Tribunal español para ceder el derecho a la Jurisdicción a un Estado extranjero".

En definitiva, me sumo a la idea de que ni la *conurrencia de jurisdicciones*, ni la *litis pendencia*, ni un confuso *conflicto jurisdiccional*, pueden justificar la aplicación del expediente previsto en los arts. 666 y ss de la LECrim. Sobre todo, cuando, como sucedía en aquel caso, existe una decisión política de un tercer Estado -Méjico- que acordaba la extradición del imputado a nuestro país.

Nada de eso pretendo propugnar mediante el presente voto particular. No sugiero, en modo alguno, declinar nuestra jurisdicción -que por otra parte, considero imposible afirmar-, sino transferir el procedimiento incoado por las autoridades judiciales españolas a las autoridades judiciales argentinas. Son éstas las que pueden afirmar su jurisdicción, sin coste alguno para principios históricos que están en el origen del derecho penal moderno, y son los Tribunales argentinos los que, además, colman el principio de la jurisdicción más adecuada.

La sentencia dictada el 13 de julio de 2007 por la Corte Suprema de la República Argentina (fallo M. 2333.XLII), confirmatoria de la decisión del Juez Federal de San Martín -que resolvió declarar la inconstitucionalidad del Decreto Nº 1.002/89, mediante el cual se había dispuesto el indulto de Germán -, supone un paso decisivo para la remoción de los obstáculos que, hasta ahora, se habían opuesto a la investigación y enjuiciamiento de los delitos cometidos en el período de tiempo a que se contraen los hechos.

La impunidad alentada por la ley 23.521 -sancionada el 4 de junio de 1987 y publicada en el B. O. 9/6/87 -, así como por la ley 23.492 (fecha el 24 de diciembre de 1986 y por la que se dispuso *la extinción de acciones penales por presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley Nº 23.049 y por aquellos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política y se fijaron las excepciones*-, desarrolladas por medio de los Decretos 1002, 1003, 1004 y 1005 de 7 de octubre de 1989 y 2741, 2742 y 2743 de 30 de diciembre de 1990, ha dejado paso a una nueva etapa en la que la jurisdicción del Estado argentino se presenta como la que colma las exigencias de lo que en el ámbito del derecho penal internacional se denomina *principio de la jurisdicción más adecuada* para la respuesta penal a los delitos imputados a Agapito. De hecho, la promulgación de la ley nacional 24.952 -que deroga las leyes 23.492 y 23.521 -, así como la ley 25.779 -que declara nulas las leyes 23.492 y 23.521 -, han dibujado un horizonte normativo que está haciendo posible lo que, hasta hace bien poco, parecía inviable.

La existencia de un Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el día 3 de marzo de 1987, cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el BOE núm. 170, de 17 de julio de 1990, facilitaría la efectiva puesta a disposición del procesado a las autoridades argentinas, disponiendo así de todos los elementos de prueba precisos para su enjuiciamiento.

Entiendo, además, que este instrumento jurídico autorizaría, no ya una entrega extradicional - siempre condicionada a la convergencia de una doble voluntad soberana- sino una denuncia cursada por las autoridades españolas con el fin de que sean los tribunales argentinos los que incoen un proceso penal para la depuración de las responsabilidades denunciadas ante la Audiencia Nacional. Así se desprende del art. 42.1 del mencionado tratado, que faculta a ambos Estados contratantes a la presentación de denuncias "... *cuyo objeto sea incoar un proceso ante los tribunales de la otra parte*". No es descartable, incluso, que la vía diplomática a que se refiere el art. 41.1, pueda dejar paso a fórmulas jurídicas más ágiles, definidas a través de la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial en materia Penal y Civil. De hecho, el Reglamento de la Iber-Red, incluye entre las funciones específicas de los puntos de contactos de la mencionada Red "... *la aplicación efectiva y práctica de los convenios de cooperación judicial en vigor entre dos o más Estados iberoamericanos*" (art. 5.1 .b).

Esta solución -más allá de la frecuencia práctica de su invocación- está en plena sintonía con la previsión contenida en el art. 21 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959, que ha servido de inspiración a muchos otros tratados bilaterales. Es cierto que el *Explanatory Report* del mencionado Convenio, para el ámbito europeo que le es propio, piensa en la necesidad de ofrecer un vehículo formal para la persecución de aquellos delitos cometidos en el propio territorio por un ciudadano que reside en otro país que, por una u otra razón, no va a autorizar la extradición del imputado. Sin embargo, no detecto obstáculo alguno, ni en el Tratado bilateral ni en su fuente inspiradora, que impida acoger un supuesto como el que, en nuestro caso, es objeto de enjuiciamiento.

Considero, por último, que el término *denuncia* al que alude el art. 42.1 del Tratado suscrito entre España y Argentina, no debe ser interpretado en un sentido reduccionista, como exclusivo sinónimo de comunicación







formal de una *notitia criminis*. Es perfectamente posible, al amparo de ese precepto, que esa denuncia, cuando procede de un órgano jurisdiccional, incluya la transmisión íntegra del procedimiento, con todo el material probatorio ya acumulado en la instancia y del que nosotros, como órgano de casación, hemos tenido conocimiento.

En mi opinión, pues, con absoluto respeto al criterio mayoritario, estimo que el recurso entablado por el condenado debió ser estimado ante la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles.

Fdo. Manuel Marchena Gomez

**PUBLICACIÓN.**- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS

