

AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA

ROLLO DE APELACION 173/98
SECCION PRIMERA
SUMARIO 1/98
JUGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUMERO SEIS

AUTO

PLENO DE LA SALA DE LO PENAL

Excmo. Sr. Presidente: Don Siro Francisco García Pérez

Ilmos. Sres. Magistrados::
Don Francisco Castro Meije
Don Carlos Cezón González
Don Jorge Campos Martínez
Doña Angela Murillo Bordallo
Don Juan José López Ortega
Don Carlos Ollero Butler
Doña Manuela Fernández Prado
Don José Ricardo de Prada Solaesa
Don Antonio Díaz Delgado
Don Luis Martínez de Salinas Alonso

En Madrid, a cinco de Noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado Central de Instrucción numero Seis, en el sumario numero 1/98, se dictó, con fecha 15 de septiembre de 1998, auto con parte dispositiva del siguiente tenor:

"DISPONGO

"PRIMERO. Se mantiene la competencia de la Jurisdicción de este órgano para la continuación de las diligencias de instrucción que se siguen.

"SEGUNDO. Líbrese Comisión Rogatoria Internacional a las Autoridades Judiciales de Santiago de Chile, a fin de que se certifique, a la mayor brevedad posible, si existen abiertas causas penales contra don Augusto Pinochet Ugarte, y en caso afirmativo, número de los mismos y delitos que se le imputan".

SEGUNDO. Contra dicho auto interpuso el Ministerio Fiscal recurso de reforma, que fue desestimado por auto del Juzgado de 1 de octubre de 1998, contra el que el Ministerio Fiscal recurrió en apelación, que fue admitida en un solo efecto.

TERCERO. Fueron elevados los testimonios correspondientes y los emplazamientos a la Sección Primera de esta Sala y, efectuado el trámite de instrucción, al amparo de lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Pleno de Sala acordó por providencia de 22 de octubre de este año que para la vista y deliberación del recurso formasen Sala todos los Magistrados de la misma. También que la vista del recurso sería pública, señalándose día y hora para su celebración.

CUARTO. La vista se celebró el pasado día 29 de octubre, informando el Ministerio Fiscal, cuyas funciones ejerció el Ilmo. Sr. Fiscal don Ignacio Peláez como apelante, y el Letrado don Juan E. Garcés Ramón, en defensa de doña Josefina Llidó Mengual, de doña María Alsina y de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, como partes apeladas.

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Motivos del recurso.

Los motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado Central de Instrucción número Seis, que mantiene la competencia de la jurisdicción española para la continuación del sumario, son los siguientes:

Primero. Se rechaza que los hechos objeto del sumario constituyan delito de genocidio.

Segundo. El artículo 6 del Convenio para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio establece la competencia para el conocimiento del delito de genocidio a favor de los Tribunales del país de comisión del delito.

Tercero. Se niega también la calificación jurídica de terrorismo.

Cuarto. Interpretación errónea del artículo 5 de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984.

Quinto. Litis pendencia y cosa juzgada.

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

Por razones de sistema, se analizará en primer lugar el segundo motivo del recurso del Ministerio Fiscal, lo que se hará reproduciendo lo que el Pleno tiene ya manifestado en auto de fecha de ayer, dictado en el recurso de apelación rollo numero 84/98 de la Sección Tercera (contra auto del Juzgado Central de Instrucción numero Cinco declarando la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos del sumario 19/97 de ese juzgado, sobre genocidio y terrorismo, por hechos ocurridos en Argentina en los años 1976 al 1983).

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

Su artículo 6 dispone: "*Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3 serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción*".

Para los apelantes (sólo el Ministerio Fiscal en el presente recurso), el anterior precepto (integrante de nuestro ordenamiento interno, conforme al artículo 96 de la Constitución Española y artículo 1, apartado cinco, del Código Civil)excluiría para el delito de genocidio la jurisdicción de España, si el delito no fue cometido en territorio nacional.

Discrepa de esta opinión el Pleno de la Sala. El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal

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

Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución Española y 97 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional.

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

El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma tal sucede en este caso, con independencia de cual fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora

desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio la pena trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española) impone que los hechos sean delito conforme a las Leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro, tan mencionado cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.

Así es que no es preciso acudir, para sentar la jurisdicción de España para enjuiciar un delito de genocidio cometido en el extranjero por nacionales o extranjeros en los años 1973 y siguientes hasta la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 derogada por la Orgánica del Poder Judicial de 1985, que pasó a atribuir jurisdicción a los órganos judiciales españoles para juzgar a españoles o extranjeros que fuera del territorio de la nación hubiesen cometido delito de genocidio desde que este delito se incluye en el Código Penal a la sazón vigente por Ley 47/71, de 15 de noviembre, en el título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, sin que ninguna relevancia jurídica para la atribución jurisdiccional tenga que el fundamento de la persecución ultraterritorial de los restantes delitos contra la seguridad exterior del Estado se hallase en el principio real o de protección.

Lo expuesto en este apartado es transcripción del apartado tercero de los fundamentos jurídicos del auto del Pleno de fecha de ayer dictado en el recurso de apelación rollo 84/98 de la Sección Tercera, antes citado, con sólo modificación de una referencia temporal ajustada al caso examinado en esta resolución.

CUARTO. Los hechos imputados en el sumario.

La resolución del recurso va a exigir constatar si los hechos imputados en el sumario son susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, de delitos de genocidio o terrorismo. No requiere de juicio de verosimilitud, de acreditamiento ni de racionalidad de los indicios de la imputación. No se ha discutido en el recurso sobre el alcance de la incriminación, sobre la consistencia de esos hechos que han de poder ser calificados de genocidio o terrorismo para la atribución jurisdiccional combatida. Las partes de la apelación no han discutido que esos hechos imputados consistan en muertes, detenciones ilegales y torturas por razones de depuración ideológica o de entendimiento de la identidad y valores nacionales, atribuidas a gobernantes y miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad, con intervención también de grupos organizados, actuando todos en la clandestinidad, hechos ocurridos en Chile durante el régimen militar instaurado el 11 de septiembre de 1973.

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

Se pasa a estudiar el primer motivo de este recurso y se acude, también, al auto de fecha de ayer citado.

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

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

Lo que caracteriza el genocidio, conforme a la Resolución 96 citada, es el exterminio de un grupo por razones raciales, religiosas, políticas u otras. Esto es, conforme a un ineludible entendimiento del genocidio que convulsionaba las conciencias.

Sin distinciones, es un crimen contra la humanidad la ejecución de acciones destinadas a exterminar a un grupo humano, sean cuales sean las características diferenciadoras del grupo. En la misma línea que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, "*crímenes contra la humanidad, es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos...*" (artículo 6).

En 1948 se abrió a la firma de los miembros de las Naciones Unidas el Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio al que nos hemos referido ya en el apartado segundo de estos fundamentos. El Convenio considera el genocidio delito de derecho internacional, contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena. Se expresa en el Preámbulo el reconocimiento de que en todos los períodos de la Historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad y el convencimiento de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la

cooperación internacional.

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

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

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

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

En 1968, España se adhiere al Convenio, y en 1971, a virtud de la Ley 44/71, de 15 de noviembre, entra el delito de genocidio en el catálogo del Código Penal entonces vigente, en el artículo 137 bis, como delito contra el derecho de gentes, definido en estos términos: "*Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes...*". Y continuaba el Código Penal español de la época aludiendo a los actos concretos de genocidio (muertes, lesiones, sometimiento a condiciones de existencia que hagan peligrar la vida o perturben gravemente la salud, desplazamientos forzosos y otros).

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

En 1983 reforma parcial y urgente del Código Penal se sustituiría en el artículo 137 bis citado la palabra "*social*" por "*racial*", aunque subsistirá la falta de la coma entre "*nacional*" y "*étnico*", y en 1995 penúltima reforma del Código derogado se penara la apología del genocidio.

El nuevo Código Penal recoge entre los delitos contra la comunidad

internacional, en su artículo 607, el genocidio, definiéndolo, conforme al Convenio de 1948, como caracterizado por el "*propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*".

Hasta aquí se han transcrito los primeros párrafos del fundamento jurídico quinto del auto del Pleno de fecha de ayer al que tantas veces se ha hecho mención.

Refiriéndose a los hechos de Chile imputados en el sumario del que dimana el presente recurso, sostiene el Ministerio Fiscal que tales hechos no pueden constituir genocidio, puesto que la represión en Chile durante el régimen militar a partir del 11 de septiembre de 1973 no se efectuó contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso. La acción plural y pluripersonal imputada, en los términos en que aparece en el sumario, es de actuación contra un grupo de chilenos o residentes en Chile susceptible de diferenciación y que, indudable mente, fue diferenciado por los artífices de la persecución y el hostigamiento. Las acciones de persecución y hostigamiento consistieron en muertes, detenciones ilegales, sin que en muchos casos haya podido determinarse cual fue la suerte corrida por los detenidos repentinamente extraídos de sus casas, súbitamente expulsados de la sociedad y para siempre, dando así vida al concepto incierto de "*desaparecidos*", torturas y encierros en centros clandestinos o improvisados de detención, sin respeto de los derechos que cualquier legislación reconoce a detenidos, presos o penados en centros penitenciarios, sin que los familiares de los detenidos supiesen su paradero. En los hechos imputados en el sumario esta presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población chilena, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de persecución y hostigamiento tendente a destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado lo formaban aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen militar del 11 de septiembre, contrarios al entendimiento de la identidad de la nación, de los valores nacionales, que era sostenido por los nuevos gobernantes, pero también ciudadanos indiferentes al régimen y a ese entendimiento de lo nacional. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo, sino destruir el grupo por medio de las detenciones, torturas, desapariciones, muertes y amedrentamiento de los miembros del grupo claramente definido identificable para los represores. No fue una actuación al azar, indiscriminada. Según el informe de la Comisión Nacional Verdad y Reconciliación, creada por el Gobierno democrático de Chile de 1990, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, el número de muertos en el país por agentes del Estado se elevó a 1.068, y el número de desaparecidos fue de 957.

Y podemos ya regresar a la argumentación del auto de fecha de ayer [sobre Argentina]

Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término "*político*" o las voces "*u otros*" cuando relaciona en el artículo 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio cobra vida a virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que compartían

la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El artículo 137 bis del Código Penal español derogado y el artículo 607 del actual Código Penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó el Convenio de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta causa. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos "grupo nacional" no signifiquen "*grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación*", sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes (en este recurso, un solo apelante) defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado.

Esa concepción social de genocidio sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal ni tampoco el derogado excluyen expresamente esta integración necesaria.

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

SEXTO. Sobre la tipificación de los hechos imputados como terrorismo. De nuevo, se acude a los argumentos del auto del Pleno resolviendo el recurso de apelación rollo numero 84/98 de la Sección Tercera. Dan respuesta al tercer motivo del presente recurso.

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

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

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

SEPTIMO. Sobre los delitos de tortura. El cuarto motivo del recurso.
Otra vez se sigue el auto de fecha de ayer tan aludido.

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

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

OCTAVO. Cosa juzgada y litispendencia.

Alegó el Ministerio Fiscal litis pendencia y cosa juzgada en su solicitud de conclusión del sumario de 20 de marzo de este año (folio 5.531 de las actuaciones), lo que reiteró en el recurso de reforma previo a este de apelación que se resuelve y también en el acto de la vista del pasado día 29 de octubre. Las razones invocadas son haberse ya juzgado en Chile hechos por los que se sigue esta causa y existencia de procedimientos penales por esos mismos hechos, siguiéndose ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile actuaciones incoadas a virtud de dos querellas por delitos de homicidios múltiples y secuestros contra el ex presidente de Chile Augusto Pinochet Ugarte.

Se está, pues, aduciendo falta de jurisdicción por falta del requisito de la letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ("que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena").

Ha citado expresamente el Ministerio Fiscal los casos de la desaparición de Antonio Llidó Mengual (sacerdote español detenido por agentes de seguridad en Santiago en octubre de 1974 y recluido en un centro de detención, desconociéndose la suerte corrida desde entonces), de la desaparición de Michelle Peña (detenida en Santiago por agentes de la DINA en junio de 1975, siendo llevada a un centro de detención, sin que desde entonces se hayan tenido noticias de ella, desconociéndose el destino que pudo haber tenido el hijo que esperaba, pues se hallaba embarazada cuando su detención) y de la muerte de Carmelo Soria Espinoza (español acogido a la normativa de doble nacional con Chile, detenido en Santiago el 15 de julio de 1976 por agentes de la DINA y hallado muerto al día siguiente) como delitos sobre los que se ha pronunciado la justicia chilena.

En los tres casos se decretó por los Tribunales de Chile el sobreseimiento definitivo de las causas, por aplicación del Decreto-Ley 2.191 de 1978 de la Junta de Gobierno de la República por el que se amnistiaba a responsables de hechos delictivos (salvo excepciones expresas) perpetrados durante la vigencia de la situación de estado de sitio comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontrasen sujetos a proceso o condenados. Constan las resoluciones judiciales a los folios 5.743 y siguientes, 5.752, 5.753 y 5.756 y siguientes del sumario.

También consta en el sumario, a los folios 5.783 y siguientes, que la causa seguida por la muerte del sacerdote español Juan Alsina Hurtos (detenido el 19 de septiembre de 1973 por una patrulla militar del Regimiento Yungay de San Felipe y ejecutado por sus

aprehensores en el puente Bulnes sobre el río Mapocho el mismo día) fue sobreesida definitivamente en cuanto a las dos personas inculpadas por aplicación del mismo Decreto-Ley.

Han de tenerse por imprejuizados los delitos a que se ha hecho referencia. Con independencia de que el Decreto-Ley 2.191 de 1978 pueda considerarse contrario al *ius cogens* internacional, dicho Decreto-Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política, de modo que su aplicación no se incardina en el caso del imputado absuelto o indultado en el extranjero (letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en el caso de conducta no punible a virtud de norma despenalizadora posterior en el país de ejecución del delito (letra a del mismo apartado dos del artículo 23 de la Ley citada), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de ESPAÑA por aplicación de los principios de protección y de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado cinco del tan repetido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los cuatro casos mencionados entre otros muchos semejantes no pueden considerarse juzgados o indultados en Chile y justifican el sostenimiento de la jurisdicción que se combate.

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

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

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

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

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

Por todo lo expuesto, EL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL ACUERDA DESESTIMAR EL RECURSO Y CONFIRMAR

LA ATRIBUCION DE LA JURISDICCION DE ESPAÑA PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Notifíquese la resolución al Ministerio Fiscal y apelados.

Lo mandan y firman los Magistrados expresados al comienzo.