

18 FEB. 2014

ENTRADA

Dimana de la Audiencia Nacional- Sala Penal (Pleno)
Rollo de Sala (Sec.2º) nº 247/2011
Juzgado Central de Instrucción No 5 (Dil Previas 399/2006)

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Demandante: Da. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, vecina de París (Francia), con pasaporte francés nº 03RC36020, con domicilio a efectos de notificación en la calle Zorrilla Nº 11, 1º der., Madrid 28014.

Postulación: D. Aníbal BORDALLO HUIDOBRO, Procuradores de los Tribunales de Madrid y de Da. Carmen Negrín Fetter, según se acredita en la escritura de Poder que se acompaña; bajo la dirección técnica del Letrado D. Hernán GARCÉS y DURÁN (colegiado nº 98.613, ICA de Madrid); ante la Sala comparece y como mejor proceda en Derecho DICE:

El presente recurso se interpone frente al Auto de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional de fecha 13 de enero de 2014 (**doc. anexo nº 4**), que desestima los Recursos de reforma y de apelación interpuestos por mi representada el 1 y 17 de abril de 2011 (**docs. anexos nº 2 y 3**), respectivamente, frente a los Autos del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de 27 de diciembre de 2010 y 28 de marzo de 2011 (**docs. anexos nos. 1ª y 1b**, respectivamente) en los que se planteaban cuestiones de trascendencia constitucional.

<u>Orden de exposición</u>	<u>Página</u>
I. TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO	2
II. ANTECEDENTES	7
III. MOTIVOS DEL RECURSO DE AMPARO	
I. Derogación parcial, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la Ley 46/1977	19
II. Subsidiariamente, de no admitirse la derogación parcial de la Ley 46/1977, conocer si los arts. 10.2, 24 y 96.1 de la CE son compatibles con esta Ley, y, en el supuesto de así aceptarse, declarar que el Auto recurrido incurre en una interpretación-aplicación inconstitucional de dicha Ley	24
III. Denegación de justicia. No respuesta a la pretensión planteada	36
IV. Incongruencia	39
V. Discriminación en la aplicación de la ley	40
VII. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas	40
VIII. Las matanzas y torturas sistemáticas antes de la ratificación del CEDH y la responsabilidad internacional por no investigarlas tras entrar en vigor	41
IV. Antecedentes procesales del recurso de amparo	45
V. Concurren los requisitos procesales para la admisibilidad del recurso	45
Derecho sustantivo invocado	46
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	47
Vulneración cometida	47
La tutela que se solicita	48
SUPLICO	48
Otrosí	49
Relación de documentos anexos	50

TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO

Mi mandante comparte la fundamentación del Rº de Súplica que el Ilmo. Sr. D. Manuel Miranda Estrampes, Fiscal del Tribunal Constitucional, interpuso en el Rº de amparo nº 5066-2013 A, aplicable en la especie y que hace propia:

1.- Este Tribunal ha destacado, en reiterados pronunciamientos, que la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha supuesto una importante modificación del régimen jurídico del trámite de la admisión del recurso de amparo, por la inclusión de nuevos requisitos de procedibilidad. Entre ellos destaca el enunciado en el art. 50.1.b) LOTC, según el cual el contenido del recurso debe justificar una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional por su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

2. Tomando en consideración esos tres criterios, que establece el art. 50.1.b) LOTC, la STC 155/2009 (Pleno) identificó una serie de supuestos en los que cabía apreciar la especial trascendencia constitucional (*FJ 2, in fine*). Relación que, como se reconoce en la propia sentencia, no puede ser entendida

"como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido" (FJ 2).

3. La doctrina constitucional viene declarando, también, que corresponde al recurrente la carga de justificar la especial trascendencia constitucional, conforme a lo exigido en el art. 49.1, *in fine*, LOTC. Justificación que es algo distinto a razonar la existencia de vulneración de un derecho fundamental. En cuanto al modo en que debe darse cumplimiento a esta justificación, la STC 69/2011, FJ 3, afirma que:

«aunque la indicada previsión del art. 49.1 in fine LOTC se configura como una carga procesal de la parte, es también un instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda. A tal fin, aunque no existe un modelo rígido al que haya de ajustarse la redacción de las demandas de amparo, es claro que debe responder a los cánones propios de este tipo de escritos procesales»

Como sigue diciendo esta sentencia:

"no bastará para dar por cumplimentada la carga justificativa, con una simple o abstracta mención en la demanda de la especial trascendencia constitucional, «huérfana de la más mínima argumentación», que no permita advertir «por qué el

contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» que se aleguen en la demanda"

4. En la especie, concurren argumentos que son reconducibles a alguno de los supuestos propiciadores de la apreciación de la especial trascendencia constitucional, identificados en la mencionada STC 155/2009 (FJ 2).

Inexistencia de doctrina constitucional: aspecto novedoso.

5. La ausencia de doctrina constitucional respecto de los crímenes de lesa humanidad y la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, tiene encaje en el primer supuesto de especial trascendencia constitucional que identifica la STC 155/2009, FJ2, esto es,

"el de un recurso que plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional".

6. Este Tribunal no ha abordado los efectos que una Ley de Amnistía puede tener sobre el deber de investigación judicial eficaz de hechos delictivos y su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), invocado expresamente en la presente demanda de amparo.

7. A este aspecto novedoso se añade, para confirmar su trascendencia constitucional, las diferentes interpretaciones que se vienen sosteniendo por los Tribunales ordinarios en el marco de investigaciones penales incoadas por hechos similares al denunciado por la demandante, a las que se refiere, también, el recurso de amparo. Situación, la descrita en la demanda, que podría este Tribunal incardinarse, a modo de refuerzo, en el supuesto c) que identifica la STC 155/2009, esto es,

"cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general"

o, de forma alterna, en el d),

"si la vulneración del derecho fundamental trae causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución".

8. La demanda trae, también, a colación la reiterada doctrina del TEDH acerca del derecho a una investigación judicial efectiva en su aplicación concreta al ámbito de las desapariciones forzadas, de los delitos de lesa humanidad y el derecho de reparación de las víctimas. Si bien, este Tribunal tiene una doctrina consolidada acerca del deber de investigar las denuncias de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en línea con la doctrina elaborada por el TEDH, sin embargo no ha examinado este deber estatal de investigación oficial eficaz y su proyección sobre el derecho a la tutela

judicial efectiva, en relación con las desapariciones forzadas y los crímenes de lesa humanidad durante el régimen *de facto* establecido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, como es el caso que denuncia la demandante.

9. La propia invocación en la demanda de la doctrina del TEDH corrobora la especial trascendencia constitucional desde la cláusula del art. 10.2 CE, y el valor de esta jurisprudencia como criterio hermenéutico para la fijación del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional (Vid., por ejemplo, STC 245/1991, FJ 3). Aspecto que no puede ser soslayado ni olvidado a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español como consecuencia de la ratificación de Tratados internacionales de derechos humanos que, en caso de violaciones masivas y sistemáticas obliga a los Estados a investigar los hechos ocurridos. Esta obligación tiene como objetivos, entre otros, investigar los hechos y las circunstancias en las cuales se cometieron violaciones, identificar a los presuntos culpables, juzgarles y reparar a las víctimas.

10. El alcance y naturaleza de la obligación de juzgar y reparar por parte del Estado está regida por el Derecho Internacional y, por tanto, los Estados no pueden alegar el Derecho interno para incumplir con esta obligación internacional. El art.27 del Convenio de Viena sobre los Tratados, de 23 de mayo de 1969, dispone:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

11. También la alegada imprescriptibilidad que hace la demanda de los delitos de detención ilegal con desaparición forzada, como delito permanente, con apoyo en diferentes Textos internacionales de derechos humanos, singularmente la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ratificada por España, es un aspecto novedoso en su proyección sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su modalidad de acceso a la jurisdicción, sobre el que este Tribunal carece de precedentes.

12. Además, el planteamiento que hace la demandante trasciende del caso concreto denunciado, permitiendo atribuir a su recurso una proyección objetiva y supraindividual, acorde con la naturaleza del recurso de amparo tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007 (Vid. 191/2011, FJ 3).

13. Cuestiones todas ellas directamente vinculadas con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), cuyo examen permitiría introducir criterios de racionalidad constitucional con el fin de dar cumplida respuesta a las legítimas demandas de investigación, enjuiciamiento y reparación de las desapariciones forzadas de personas y otros delitos de lesa humanidad durante el régimen *de facto*, presentadas por las víctimas y/o sus familiares..

14. Con ello este Tribunal podría dar respuesta a las preocupaciones reflejadas en las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, de 30 octubre de 2008, al Quinto Informe Periódico emitido por el Estado español con arreglo a lo previsto en el art. 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en cuyo apartado 9 se puede leer que

"9) Aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos¹, preocupa al Comité el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus Observaciones generales Nº 20 (1992), relativas al artículo 7, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y Nº 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto"² (doc. anexo nº 5).

15. Se significa que el Convenio contra el genocidio, de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BOE 30 de abril de 1977) estaban vigente en España desde antes que se aprobara la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

16. La exigencia de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado español en los Convenios internacionales sobre derechos humanos suscritos, singularmente el CEDH, autoriza a este Tribunal para llevar a cabo una labor controladora del grado de cumplimiento de tales obligaciones en el marco de un proceso iniciado en España. Extremo que pone en evidencia la trascendencia constitucional de casos como el presente, desde la óptica de los derechos fundamentales concernidos.

Cuestión jurídica de relevante y general repercusión social.

17. La enumeración de supuestos que menciona la STC 155/2009 no es un elenco cerrado. Así, el supuesto g) identifica como supuesto de especial trascendencia constitucional

"cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plante una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales".

18. La demanda de amparo plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social, que trasciende el concreto caso denunciado por la recurrente. Así, son numerosas las denuncias por desapariciones forzadas, ocurridas durante el

¹ Se refiere al Auto del JCIInst. Nº 5 de 16 de octubre de 2008 - accesible en http://www.elclarin.cl/images/pdf/spain_20081016.pdf - dictado en las Diligencias Previas 399/2006 de las que toma causa el presente recurso, posteriormente anulado por la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional en el Auto de 2 de diciembre de 2008, Nº de Recurso 34/2008, Roj: AAN 88/2008.

² NN.UU., Informe del Comité de Derechos Humanos. Volumen I. 94º período de sesiones (13 a 31 de octubre de 2008), ref. A/64/40 (Vol. I), cuyo texto íntegro es accesible en http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/AR/A_64_40%28Vol%20I%29_Esp.pdf

régimen *de facto* anterior al 15 de junio de 1977, que se están presentando en Juzgados y Tribunales de España y el extranjero. Denuncias que vienen recibiendo respuestas jurídicas dispares, con argumentaciones, no pocas veces, contradictorias y sin ajustarse a unos mismos parámetros interpretativos.

19. Las cuestiones jurídicas que se plantean en la demanda, tales como el deber estatal de investigación eficaz, la imprescriptibilidad de las desapariciones forzadas y su carácter permanente, la parcial nulidad/inconstitucionalidad de la ley de amnistía, las discrepancias de interpretación acerca de su alcance y efectos, y su conexión con el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva por parte de las víctimas, adquieren una singular relevancia jurídica en el ordenamiento jurídico. Cuestiones sometidas a debate dentro de la comunidad jurídica y con importantes implicaciones constitucionales desde la óptica de los derechos fundamentales concernidos. A este dato se le une la repercusión social que estas cuestiones han tenido, del que es un ejemplo su proyección en los medios de comunicación social internos e internacionales.

20. En este contexto no puede dejar de mencionarse la visita del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU (GTDFI), realizada en el mes de septiembre de 2013. Visita cuyo objetivo fue examinar las principales políticas emprendidas por el Estado español sobre cuestiones relativas a las desapariciones forzadas o involuntarias de personas, así como analizar los aspectos concernientes a la justicia, la verdad, la reparación y la memoria para las víctimas de desapariciones forzadas, a la luz de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. En sus Observaciones Finales el Grupo de Trabajo de NN.UU. hizo constar el 13 de noviembre de 2013:

“El Comité, teniendo en consideración el régimen de prescripción vigente en España en relación con los delitos de carácter permanente, insta al Estado parte a que vele por que los plazos de prescripción se cuenten efectivamente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, es decir, desde que la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad. Asimismo, lo exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía; que los presuntos autores sean enjuiciados y, de ser declarados culpables, sancionados de conformidad con la gravedad de sus actos; y que las víctimas reciban reparación adecuada que incluya los medios para su rehabilitación y sea sensible a cuestiones de género” (doc. anexo nº 6).

21. Observaciones que coinciden, sustancialmente, con los planteamientos jurídicos realizados en la presente demanda de amparo, de relevancia jurídica y social. Además, el planteamiento general que de estas cuestiones jurídicas se hace en la demanda le dota de una proyección objetiva, que trasciende el caso singular sometido a enjuiciamiento constitucional.

22. La argumentación contenida en la demanda sobrepasa la mera justificación de la lesión subjetiva de derechos fundamentales que denuncia, y cumple con la exigencia de justificación material de la especial trascendencia constitucional al plantear un conjunto de cuestiones jurídico-constitucionales sobre las cuales no existe doctrina de este Tribunal y que, como se ha destacado, presentan una singular repercusión social, cuya evidencia no puede soslayarse.

II

ANTECEDENTES

23. La recurrente comparte la fundamentación que el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Ricardo de Prada opone, en voto particular ([doc. anexo nº 4](#)), al mayoritario del recurrido Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2014. Y la asume, además, porque es congruente con lo instado en el Rº de apelación interpuesto ante esa Sala. Sigue una síntesis.

24. El carácter puramente provisional de la fijación de la competencia objetiva es especialmente predicable, dentro del orden judicial penal, respecto a la distribución de asuntos por razón de la materia o especialización del tribunal. La competencia depende en general de elementos fácticos variables y también por la propia tensión que provocan los tipos penales en relación a los hechos a que se refieren. Por ello, la fijación de competencia realizada en la fase inicial del proceso debe estar en permanente revisión, más cuando se trata de hechos consistentes en conductas masivas y sistemáticas como las que se refiere el presente. Así lo ha establecido reiteradamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo: "*la competencia es la medida de la jurisdicción de cada juzgado*" (STS 12.07 2013), y esta no queda consolidada hasta el momento en que se fija mediante el auto de apertura del juicio oral (entre otras muchas ATS 20790/2012 de 30 de enero de 2013, que cita múltiples anteriores de la misma Sala).

25. En el asunto presente nos encontramos con que se está en las etapas iniciales del procedimiento.

26. **La recurrente ha hecho alegación expresa de haber variado determinadas circunstancias fácticas y jurídicas relevantes**, singularmente la entrada en vigor en derecho interno de determinadas normas jurídicas internacionales -convenios internacionales ratificados por España, y posteriormente publicados-, en concreto el **Convenio Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**, hecho en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, firmado y ratificado por España (BOE de

18.02.2011), que junto con la **Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**, proclamada por la Asamblea General de NN.UU. en su resolución 47/133, de 18.12. 1992, como conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados, son normas internacionales sobre desapariciones forzadas vigentes en el ámbito interno español.

27. El Informe de 13 de noviembre de 2013 del Comité contra las Desapariciones Forzadas de las NN.UU., el órgano competente para vigilar la correcta aplicación de **Convenio Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas** ([doc. anexo nº6](#)), ha exhortado al Estado español a que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado denuncia formal y que se adopten las medidas necesarias, incluso judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía.

28. En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo de desapariciones forzadas ha expresado su parecer respecto de lo que considera una ausencia o insuficiente análisis de la compatibilidad de la normativa y práctica interna española con las obligaciones internacionales del Estado, y por tal motivo hace un llamado a la judicatura española a realizar un uso consistente de la Declaración y de otros instrumentos internacionales relevantes.

29. A su vez, la competencia de los tribunales es materia de orden público y derecho necesario, y el replanteamiento de ésta, de existir motivo para ello, debe realizarse incluso de oficio.

30. El auto de 28 de marzo de 2012 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (JUR 2012\125953) no resuelve definitivamente todos los temas que suscita la competencia para la investigación de los crímenes objeto del presente procedimiento. Las recientes situaciones fácticas y jurídicas que se indican en los recursos de la recurrente deben ser objeto de la necesaria atención y afectan directamente a la vigencia actual de dicho Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por el que resolvió, bajo determinadas premisas que objetivamente ya no se dan, una cuestión negativa de competencia planteada por un juzgado de instrucción sobre el mismo tema.

31. Los pronunciamientos que se contienen en el aquí recurrido Auto de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional, y así se dice expresamente en el mismo, están fuertemente vinculados argumentalmente con la situación resuelta en la precedente Sentencia nº 101/2012, de 27 de febrero de 2012, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (RJ 2012\3659), que era absolución de la acusación por delito de prevaricación mantenida contra el juez que inició la instrucción de la causa, y están sin

duda condicionados por el debate suscitado en torno a la corrección del actuar de dicho juez a lo largo del proceso.

32. El referido Auto de 28 de marzo de 2012 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo hace diversas consideraciones, provenientes de la STS 101/2012, respecto a que el juez no perseguía la incoación de un proceso penal, sino más bien la satisfacción del derecho a saber de las víctimas:

"desde las denuncias, y quizá también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a de la responsabilidad penal contra personas determinadas o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo trámite falleció".

Premisa sin fundamento. La recurrente afirma que no se corresponde ni con el contenido de la causa ni con las acciones ejercitadas por las acusaciones particulares, dirigidas contra presuntos responsables identificados, vivos, y con domicilio conocido.

33. También se pronuncia sobre la calificación jurídica de los hechos y del respeto debido al principio de legalidad penal, concluyendo en el sentido de que, a tenor de la calificación jurídica que considera aplicable, los hechos estarían prescritos, por lo que no serían ya perseguibles. Estima que, en todo caso, sería de aplicación la Ley de amnistía de 1977. Por todo ello excluye la posibilidad, en general, de llevar a cabo el enjuiciamiento penal de improbables autores vivos de los hechos, sin tampoco la posibilidad de canalizar las legítimas pretensiones de las víctimas hacia un proceso penal ni llegar a concretarse en declaraciones de responsabilidad *ex delicto* (FJ cuarto). No obstante - se dice en la misma resolución-

"..esto no será obstáculo para que, en presencia de indicios objetivables de la existencia de restos de posibles víctimas de delitos susceptibles de localización -salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querella se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible-puede instarse del juez competente según el artículo 14.2 de la LEcrim. la práctica de las diligencias dirigidas al adoptar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho".

34. El pronunciamiento que hace este Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se refiere solo a esta clase de actuaciones judiciales puramente residuales, que deja bajo la competencia del juez territorial, al descartar la posibilidad de que pueda hacerse una verdadera investigación criminal de crímenes contra la humanidad.

35. En las Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas tras su visita a España, publicadas el 30 de septiembre de 2013 (**doc. anexo nº 7**), se hace expresamente constar que:

"El Tribunal Supremo en sus sentencias de absolución y competencia estableció expresamente que no procede la investigación penal por casos de desapariciones forzadas dado que los casos estarían prescriptos, los presuntos responsables estarían muertos, el carácter continuado de las desapariciones sería una ficción inaceptable jurídicamente y, de todas maneras, sería aplicable a ellos la Ley de Amnistía de 1977. A criterio del Grupo de Trabajo, esta combinación de factores es contraria a los principios que emergen de las obligaciones internacionales de España, incluida la Declaración."³

36. Los temas que suscita el Auto de 28.03.2012 del Tribunal Supremo, determinantes en aquel momento del rechazo de llevar a cabo una persecución penal, por razón de imposibilidad material y jurídica, requieren de un análisis actualizado a la luz de los estándares internacionales en la materia, en la forma como se expresa en los referidos informes internacionales.

37. En primer lugar, cabe decir que, dado el amplio ámbito temporal de la investigación, no es en absoluto descartable la existencia de personas posibles responsables penales susceptible de persecución penal. Recientemente, en el marco de la investigación que por los mismos hechos se lleva a cabo en un Juzgado Federal de Buenos Aires (Argentina), ejerciendo la jurisdicción universal prevista en su derecho, se ha llevado a cabo el 18 de septiembre de 2013 la imputación penal de varios ciudadanos españoles residentes en España, e incluso librado la correspondiente orden internacional de detención (**doc. anexo nº 8**), dando lugar a varios procedimientos de extradición que se encuentran en fase judicial ante el mismo JCI nº 5, recientemente elevado a la Sala Penal. Sin prejuzgar ninguna situación, aparece que los hechos concretos que se imputan lo serían como parte de un actuar masivo, colectivo y sistemático. Aunque no se referirían a situaciones calificables de desapariciones forzadas, determinados temas jurídicos que se plantean en los indicados procedimientos de extradición serían comunes con los que aquí se suscitan y requerirían de un tratamiento y solución uniforme.

38. Por otro lado, en este procedimiento, en el que indiciariamente si se darían situaciones de desapariciones forzadas, las obligaciones de investigar no prescriben, como tampoco cesarían las situaciones hasta que la persona aparezca con vida, se encuentren sus restos o se restituya su identidad (Observaciones finales del Comité sobre el informe presentado por España en virtud del art 29, párrafo 1, de la Convención sobre Desapariciones Forzadas- párrafo 12-, **doc. anexo nº 6**). En el mismo sentido, el TEDH en el *caso Varnava y otros c. Turquía* (GS)⁴, indica que la posterior falta

³ El texto original es accesible en
<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>

⁴ Sentencia de 18 de septiembre de 2009, accesible en
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94161>

de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a un hecho continuado.

39. Contra lo que se indica por la mayoría en el aquí recurrido Auto, atendiendo a los estándares internacionales que se viene exponiendo sería viable el establecimiento de una acción penal contra los indiciariamente responsables de los hechos investigados.

40. Estos consistirían en una multitud - varias decenas de miles- de episodios de asesinatos, muertes, detenciones ilegales y arbitrarias, temporales, y desapariciones forzadas de numerosísimas personas civiles, de las que en muchos casos nunca se habría vuelto a tener noticias de su paradero, que además en ocasiones fueron objeto de maltratos y torturas, además del despojo de sus bienes, incluso de sustracción de menores de edad de sus padres biológicos para su entrega a otras personas, todo ello por razones políticas, ideológicas, incluso sociales, realizado de forma sistemática, masiva y generalizada respecto a un concreto sector o parte de la población civil, siendo estas acciones en algunos casos realizadas por sus autores desde las instituciones públicas, con aquiescencia de los poderes del Estado; en otros casos alentadas o protegidos por ellos; en muchos casos por bandas o grupos armados incluso de carácter paramilitar, todos ellos acaecidos durante el régimen *de facto* que se prolongaría hasta las elecciones parlamentarias del 15 de junio de 1977 y la promulgación de la Constitución de 1978. El número de víctimas de desapariciones forzadas entre el 17 de julio 1936 y diciembre 1951, según la investigación llevada a cabo por el JCI nº 5, ascendería a 114.226 personas. En la misma resolución del juzgado se menciona 30.960 casos de sustracción de menores de sus padres para su entrega a otras familias.

41. La calificación jurídica que estos hechos merecen en derecho penal internacional es la de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, cometidos a través de un sin número de actos subyacentes, tales como asesinatos, desapariciones forzadas, actos de terrorismo, torturas, detenciones ilegales, etc.

42. Esta calificación internacional lo sería independientemente de la fecha de producción de los hechos, inicialmente, a través del derecho internacional penal consuetudinario, y posteriormente, por el estatutario, tras haber cristalizado y haberse positivizado, de los convenios internacionales y del Estatuto de los Tribunales Internacionales "ad hoc" y de la Corte Penal Internacional. Como consecuencia de ello, estos delitos serían imprescriptibles y susceptibles de persecución internacional, bien a través de un tribunal internacional o en otro caso, por el de cualquier otro Estado, por medio de la jurisdicción universal, lo que han iniciado los tribunales de Argentina respecto de hechos cometidos e impunes en España.

43. Existe un debate doctrinal abierto en el derecho español sobre la forma en cómo debe operar el derecho penal internacional en el ámbito interno, que oscila desde

los sectores que propugnan su aplicabilidad directa e inmediata a aquellas otras posturas diametralmente opuestas, pasando por las intermedias, sobre las que existe un mayor consenso doctrinal y jurisprudencial, y en las que, aun reconociendo su vigencia y efectos en plano de igualdad con el derecho interno, someten su aplicación al filtro del principio de legalidad, si bien no siempre con el mismo resultado, dependiendo la propia rigidez o flexibilidad con la que se quiera actuar este principio.

44. El respeto a las exigencias de la concepción clásica del principio de legalidad y sus manifestaciones (*lex previa*, *lex scripta*, *lex strícta*, etc.), apoyada por una gran parte de la doctrina y especialmente por la jurisprudencia española, plantea sin duda importantes dificultades de adaptación del derecho penal internacional al ámbito interno. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado de solventar este problema a través de la técnica de la contextualización de los delitos nacionales en la categoría de crímenes sancionados por el ordenamiento internacional, incluyendo el consuetudinario (la STS 798/2007, *caso Scilingo*, a la que se remite expresamente la STS 101/2012 y el auto TS de 28.03.2012).

45. Según esta técnica de la contextualización, se sancionan los hechos imputados de conformidad con los delitos tipificados en el momento de su comisión de los respectivos códigos penales de los Estados involucrados, salvando así los problemas de retroactividad, pero advirtiendo que tales conductas delictivas estaban en ese momento sancionadas internacionalmente como crímenes contra la humanidad. Lo que era perfectamente conocido, no sólo por los Estados, sino también por los autores de los crímenes, con lo que quedaría resuelto los problemas de aplicación de las consecuencias de las referidas categorías de delitos internacionales, no directamente afectadas por el principio de legalidad penal, como sería la posibilidad de su persecución internacional, incluso a través de la jurisdicción universal, aunque ésta no estuviera expresamente recogida en el derecho positivo interno; como también la prescripción, aunque la indicada STS no se pronunciara expresamente sobre ello por falta de necesidad hacerlo, aunque sería consecuencia lógica de su razonamiento la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, que constituye el contexto en el que se realizan el resto de los crímenes.

46. En definitiva, la posición que mantiene el TS es la imposibilidad de que el derecho internacional consuetudinario pueda, desde nuestra actual perspectiva jurídica interna, crear tipos penales completos que resulten directamente aplicados por los tribunales españoles. Pero la referida STS 798/2007 no ve obstáculo para que estos puedan aplicar otras consecuencias derivadas de su contextualización como crímenes internacionales, como es la jurisdicción universal, incluso sin norma interna que le dé cobertura, lo que entiende el voto particular del Ilmo. Sr. Magistrado de Prada que por pura coherencia del razonamiento debería extenderse también a la imprescriptibilidad de los delitos internos producidos en un contexto calificable por el derecho penal internacional como de crímenes de lesa humanidad.

47. La STS 101/2012 parece negar esta posibilidad, aunque lo hace no por impedirlo la técnica de la contextualización de los delitos nacionales en la categoría de crímenes sancionados por el ordenamiento internacional, respecto de lo que no se pronuncia, sino por entender que no resulta posible en el estado de derecho la aplicación retroactiva de la previsión contenida en el número cuatro del artículo 131 del Código Penal tras su reforma por ley orgánica 15/2003 y 05/2010, amparándose para llegar a esta conclusión en una jurisprudencia de la propia Sala (SSTS 1064/2010 de 30 de noviembre, y otras que cita la propia STS), que de forma evidente no se refiere al supuesto en discusión, en el que lo que se debate es sobre la aplicación de un principio de derecho internacional consuetudinario (el de imprescriptibilidad) cristalizado en la Convención Internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26.11.1968, con entrada en vigor el 11.11.1970 (de la que no forma parte España), respecto de hechos calificables internacionalmente como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, tema que debe considerarse como no resuelto.

48. En cualquier caso, también permanece abierto el debate jurídico sobre el carácter permanente de ciertos delitos que conformarían crímenes contra la humanidad, y además cómo operaría esta característica. Nos estamos refiriendo al delito de desapariciones forzadas y a la sustracción de menores de sus familias, cualquiera que fuera la calificación jurídica, tipificación o "*nomen iuris*" que en el ámbito interno históricamente pudiera haberse dado a este tipo de conductas, y que desde su entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, están expresamente tipificadas como tales en derecho español cuando se dan las características del apartado primero del artículo 607 bis del código penal, como un delito de lesa humanidad del número 6º del apartado dos y 7º de dicho artículo.

49. Debe reiterarse la especial naturaleza de este delito, que se deriva de los instrumentos internacionales en que se contiene su descripción y características: Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, proclamada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18.12.1992, como conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados; y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, firmada y ratificada por España y publicada en el BOE de 18.02.2011. El artículo 5 de esta última determina que cuando se trata de una

"práctica generalizada o sistemática constituye un crimen contra la humanidad, tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable".

50. Entre las consecuencias se halla la de la imprescriptibilidad. No obstante, la Convención en su artículo 8 establece la posibilidad de un régimen de prescripción sometido a la doble condición de que el plazo

"sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito"

y además

"se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuado de este delito".

51. No cabe albergar duda sobre la obligatoriedad de dicha norma ratificada y publicada en el BOE (art. 96.1 CE), respecto de la que el Estado español no ha efectuado ninguna reserva, y cuya obligatoriedad internacional resulta de los artículos 26, 27 y 28 de la Convención de Viena de 23.05.1969, relativa al derecho de los Tratados.

52. En el mismo sentido, el artículo 17.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece que

"Los actos constitutivos de desaparición forzada serán considerados delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida".

53. La interpretación que efectúa el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias (GTDFI), y así lo expresa en sus recientes observaciones de 30 de septiembre de 2013 tras su visita a España, en las que considera que la desaparición forzada es un acto único y consolidado, y no una combinación de actos aislados e inconexos.

54. Incluso si algunos de los actos productores del delito se hubiesen completado antes de la entrada en vigor de la norma, si otras partes de la violación continúan después, hasta el momento en que se estableció el destino o paradero de la víctima, el delito persiste y no debe ser fragmentado. Destaca que

"el constante sufrimiento [de las víctimas de desaparición forzada] es la prueba palpable de que la desaparición forzada es un delito continuado y una permanente violación de los derechos humanos hasta que la suerte o el paradero de la víctima se hayan esclarecido" (doc. anexo nº 7).

55. Por su lado, el Comité de desapariciones forzadas, en sus observaciones finales después de su visita a España el pasado mes de noviembre, tras apuntar el *"carácter continuo"* de la desaparición forzada según (también) la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, instó a España a que

"todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, Independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas (...)",

pues éstas siguen cometiéndose hasta que

"cesa la desaparición forzada, es decir, [hasta] que la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad" (doc. anexo nº 6).

56. En suma, las víctimas de las desapariciones forzadas que comenzaron en el pasado pero que continúan a la fecha, no es que fueron en el pasado víctimas de esos hechos, sino que lo siguen siendo a día de hoy; y lo seguirán siendo hasta el momento en que se establezca la suerte de la persona desaparecida, lo que incluye "en caso de fallecimiento (...) la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos".

57. El art. 28 de la Convención de Viena de 23.05.1969, relativa al derecho de los Tratados, referido a la irretroactividad de los tratados establece que

"las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que ha tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".

58. El GTDFI respecto de la Declaración, lo que debe hacerse extensivo a la Convención, se pronuncia sobre la intención clara de que estos instrumentos desplieguen sus efectos sobre situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor, mientras subsista la situación de desaparición.

59. En definitiva, dado que nos encontramos ante un delito permanente, la calificación jurídica de las situaciones de desaparición forzada, que siguen subsistentes, merecen a partir del 1 de octubre de 2003 la consideración de delitos de lesa humanidad del artículo 607 bis CP en la modalidad prevista en el número 6 de su apartado segundo y, como tal, a tenor del artículo 131.4 CP de entrada en vigor coetánea, también como imprescriptibles, aparte de no haber cesado en su producción.

60. En todo caso, dichas conductas no están prescritas, y con la calificación jurídica que merecen no se está produciendo una situación de retroactividad prohibida de la norma sino una aplicación normal del derecho estrictamente ajustada a la legalidad penal existente.

61. La calificación jurídica de los hechos como crímenes de lesa humanidad, incluso en el caso de que sólo se entendiese esta viable desde la perspectiva internacional, conlleva la obligación internacional de investigación y persecución penal consecuente a las propias características de estos delitos, como sistemáticos y masivos, llevados a cabo por organizaciones delictivas estatales y paraestatales, de bandas organizadas.

62. Deberían ser investigados necesariamente por una fiscalía y por un órgano jurisdiccional centralizado con competencias en todo el territorio español. La falta de previsión expresa en la ley española respecto de la competencia para esta clase de delitos entendemos que permite ser solventada de la misma manera, y con los mismos argumentos, con que lo hizo la STS 798/2007 respecto de la falta de previsión de la jurisdicción universal para esta clase de delitos.

63. Por otra parte, hemos de recordar la fórmula abierta que utiliza la cláusula de cierre del número 7 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la atribución competencial en favor de la Audiencia Nacional "*de cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes*", que permite considerar esta competencia como consecuencia de la correcta aplicación de los convenios y otras normas internacionales en atención a la obligación internacional de investigación y sanción penal eficaz de los crímenes contra la humanidad, particularmente de desapariciones forzadas de secuestros de menores.

64. Debemos incluso tener en cuenta también las obligaciones de investigar de forma eficaz los crímenes bajo la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, y ello a través de medios y mecanismos procesales, incluso de tribunales especializados con capacidad de hacerlo, como obligación impuesta por el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional. El principio de complementariedad (art 17 del Estatuto) no permitiría la investigación fragmentaria e inconexa de una situación que quedara bajo la competencia de la Corte Penal Internacional, lo que estimamos nos lleva necesariamente a la actuación de la cláusula competencial de cierre, de redacción abierta, prevista precisamente para estas situaciones en el referido nº 7 del art 65 de la LOPJ.

65. Tampoco debemos olvidar que en todo caso la competencia de la Audiencia Nacional para los crímenes de guerra y de lesa humanidad provendría, por conexidad, ante la existencia de otros delitos instrumentales sobre los que sí existe regulación competencial expresa atribuyéndosela a este órgano, como son, por ejemplo, el delito de terrorismo cometido por grupos y bandas armadas. Lo mismo que delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles, respecto de los que el apartado e) del nº 1 del art. 65 de la LOPJ establece que "*en todo caso, la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados*".

66. Tras el análisis de todas aquellas cuestiones jurídicas que podrían tener alguna clase de aptitud para impedir una investigación criminal por crímenes de lesa humanidad, **cabe sostener que solo es la ley 46/1977 de 15 de octubre, sobre amnistía, la que constituiría el verdadero obstáculo jurídico para la prosecución de la causa penal.**

67. El necesario cumplimiento de las obligaciones vigentes derivadas del derecho internacional en los términos que se exponen llevaría a considerar directamente inaplicable la ley 46/1977 de amnistía, dado su carácter preconstitucional.

68. En todo caso, surgen serias dudas sobre su compatibilidad con la Constitución, al menos si no se interpreta en un sentido respetuoso con las obligaciones internacionales del Estado español en relación con la obligación de observar ciertos estándares internacionales en situaciones en las que se ha constatado la producción de violaciones masivas de derechos humanos.

69. Al margen de planteamientos internacionalistas, desde un punto de vista jurídico-constitucional estricto, aparece como más que discutible que quepa reconocerse a las autoridades e instituciones que lo hicieron, el derecho a disponer de bienes jurídicos de la relevancia de los afectados por la ley de amnistía en relación con los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, por la gravedad, significado y propia naturaleza internacional de estos y porque, como ha sido señalado, sus medidas son directamente incidentes en la esfera constitucional de lo políticamente indecidible. No es baladí la propia prohibición expresa en la Constitución de los indultos generales (Art 62(i) CE).

70. Los argumentos relativos a la incompatibilidad de la amnistía con la legalidad internacional, que establece la obligación de los Estados de perseguir y sancionar eficazmente los crímenes de guerra y contra la humanidad, ya han sido desgranados en los anteriores puntos. Son muchos los instrumentos jurídicos internacionales que expresamente excluyen de la posibilidad de amnistía para los crímenes de derecho internacional.

71. Esta legalidad internacional a la que nos referimos, contempla la defensa y protección de los derechos humanos fundamentales y está en este momento conformada por un denso y sólido entramado de normas jurídicas internacionales que no se limitan a la enunciación de los principios y derechos, sino también a sus concretas garantías, y para ello se ha establecido un sistema de mecanismos específicos para el control y vigilancia de su aplicación y respeto por parte de los Estados.

72. Es cierto que en muchos casos los Estados tienden a resistirse a aceptar la legalidad internacional, pero ésta se ha construido y desenvuelto, en parte, al margen del consentimiento de los actores estatales, siguiendo el esquema de construcción de los derechos fundamentales como normas jurídicas heterónomas, universales, generales y abstractas, más allá del consenso que las soporte. De ahí su posición supraordenada a las normas de derecho interno.

73. Nuestra Constitución en su artículo 10.2 contiene un serio compromiso con la legalidad internacional para el respeto de los derechos fundamentales y libertades que reconoce.

74. Por último, debe dejarse constancia de que son ya varios organismos internacionales de control y vigilancia del respeto de los derechos humanos los que se han pronunciado respecto de la situación española. Así:

75. El Comité de desapariciones forzadas, en sus observaciones del 13 de noviembre de 2013

"exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía" (**doc. anexo nº 6**).

76. El Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas, en sus observaciones del 30 de septiembre de 2013

"insta al Estado a adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía en particular privando de todo efecto a la Ley de Amnistía de 1977, como ya ha sido recomendado por distintos organismos internacionales" (**doc. anexo nº 7**, pág. 9).

77. Igualmente: en las Observaciones finales de 9 de noviembre de 2009, el Comité contra la Tortura solicitó a España que los delitos de tortura y desapariciones forzadas no queden sujetos a amnistía; solicitó igualmente que el Estado prosiga con el esclarecimiento de la suerte de las víctimas (punto nº 21)⁵.

78. En septiembre de 2010, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias había manifestado que la Ley de Amnistía chocaba con la "Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas" de 1992, que impone a España la obligación de investigar, perseguir y sancionar a los responsables de desapariciones.⁶

79. Igualmente, aparte de las numerosas e importantes declaraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito regional europeo existen

⁵ NN.UU., Comité contra la tortura, ref. CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009 accesible en www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/co/CAT-C-ESP-CO-5_sp.doc

⁶ Informe de 11 de septiembre de 2010, ref. A/HRC/15/6/Add.1, Recomendación 21, accesible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.6.Add.1_sp.pdf

igualmente pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Ould Dah contra Francia*⁷ y, más recientemente, *Margus contra Croacia*⁸, que expresamente refieren que una amnistía es generalmente incompatible con la carga que incumbe a los Estados de investigar actos tales como las torturas y que la obligación de perseguir a los presuntos responsables no puede ser por ello socavada otorgando impunidad a los perpetradores mediante una ley de amnistía que debe ser considerada como contraria al derecho internacional:

III

MOTIVOS DEL RECURSO DE AMPARO

I. Derogación parcial, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la Ley 46/1977, de amnistía

«La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste en que la Constitución es una Ley superior (criterio jerárquico) y posterior (criterio temporal), y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las normas que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir a su derogación» (STC 2 de febrero de 1981).

80. La recurrente solicita al Tribunal Constitucional conocer si la entrada en vigor de los arts. 10.2, 24 y 96.1 de la Constitución ha supuesto, en virtud de la Disposición Derogatoria 3^a de ésta, la derogación parcial de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, en cuanto entre en contradicción o se oponga a lo establecido en tratados internacionales vigentes en España, en particular

- a) en el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 (BOE de 8 de febrero de 1969),
- b) en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BOE 30 de abril de 1977), en particular en su art. 15.2:

⁷ CEDH, 2009, no. 13113/03, ECHR, accesible en http://www.cfcpi.fr/IMG/pdf_Ould_Dah_c._France_Conseil_de_l_Europe_.pdf

⁸ Sentencia de 13-11-2012, accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114487>, p. 72: “The Court has already held that, where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible (see *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 55, 2 November 2004; *Okkali v. Turkey*, no 52067/99, § 76, 17 October 2006; and *Yeşil and Sevim v. Turkey*, no. 34738/04, § 38, 5 June 2007). It considered in particular that the national authorities should not give the impression that they were willing to allow such treatment to go unpunished (see *Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, § 71, ECHR 2000-XII, and *Turan Cakir v. Belgium*, no. 44256/06, § 69, 10 March 2009)”

“Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”;

y, asimismo,

- c) en el artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos humanos («BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979):

“El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constitúa delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”;

- d) en cuanto a los actos impunes de naturaleza genocida y lesa humanidad cometidos durante el régimen *de facto*, que deben ser considerados en conformidad con los arts. 9.3, 10.2, 14, 24, 25.1, 96.1 de la C.E. y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación, en particular, con los arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7.1, 7.2 y 13 del CEDH.

Fundamentación de la pretensión:

81.- El principio afirmado en la sentencia del Tribunal Internacional de Nüremberg de 1946⁹, según el cual son imputables los crímenes contra la humanidad cometidos al menos desde el 23 de marzo de 1933¹⁰;

82.- El Convenio para la sanción y prevención del delito de genocidio, de 1948, que no instituye ni crea este delito sino que, como declara su artículo primero, “*constata*” su existencia.

83. La Ley española 44/1971, de 15 de noviembre, que en el artículo 137 bis del Código Penal ha incluido explícitamente al “*grupo social*” en el tipo de genocidio. Modificado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, la Exposición de Motivos no hacía referencia alguna al delito de genocidio. ¿Pretendió el legislador algo más que adaptar el precepto a la literalidad del texto de Nueva York, como eliminar la punición del exterminio de los grupos sociales, cuando en la Exposición de Motivos no se manifiesta intención de disminuir la extensión del bien jurídico protegido?

⁹ “(...) With regard to crimes against humanity, there is no doubt whatever that political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty. The policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organised and systematic. The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. The persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt”. El texto íntegro de la Sentencia es accesible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp.

¹⁰ El 23 de marzo de 1933 el Reichstag –mientras estaba ocupado por las SS y otros cuerpos armados nazis- aprobó el acta de habilitación que confirió al Canciller Adolf Hitler los plenos poderes con los que se llevaron a la práctica crímenes generalizados y sistemáticos.

En la Sentencia del caso *sobre la aplicación del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio*, de 26 de febrero de 2007¹¹, la Corte Internacional de Justicia ha determinado la noción de grupo protegido según el método positivo, diferenciando el grupo en virtud de lo que los propios autores del crimen consideran características nacionales, étnicas, raciales o religiosas del grupo (párrafo 196).

La jurisprudencia del Tribunal Internacional para ex Yugoslavia (*Jelisic*, pp. 67-71; *Krstic*, p. 557) y para Ruanda (*Akayesu*, p. 515; *Kayishema*, p. 98 ; *Rutanga*, p. 56 y ss.; *Musema*, pp.160-167; *Bagilishema*, p.65), admite integrar en el delito de genocidio la acción de un Gobierno para destruir físicamente a un grupo nacional opositor a su ideología o a su proyecto.¹²

84.- El Convenio de Viena de 22 de mayo de 1969 (BOE» núm. 142, de 13 de junio de 1980), en particular sus artículos 26 y 27:

Articulo 26: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Articulo 27:El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)".

85.- El citado artículo 7.2 del Convenio Europeo de DD. HH., tal como es interpretado y aplicado por el TEDH, por ejemplo

- en el caso *K.H.W. c. Alemania* (TEDH 2001\230, pp. 45, 64, 82, 83, 85, 248, y las opiniones concordantes de los jueces Loucaides y Pellonpää)¹³;

- en el caso *Streletz y otros c. Alemania*, cuya sentencia¹⁴ considera que el artículo 7.2 del CEDH

«constituye una excepción al principio «nullum crimen, nulla poena sine lege praevia» (...) [al] principio de legalidad («Legalitätsprinzip») (...) Es fácil imaginar un asunto análogo en el que los demandantes fueran altos magistrados (...) que hubieran participado ellos mismos en la creación de la «práctica» judicial (jurisprudencia) de impunidad. ¿Diríamos entonces que este «elemento de interpretación judicial» (apartado 82 de la sentencia) es válido como «ley que define el delito»? Como el teórico jurista alemán von Ihering subrayó justamente, el Estado de derecho reposa en la significación formal de las redacciones jurídicas. Si se quiere proteger el Estado de derecho, esta significación objetiva debe permanecer independiente y estrictamente separada, en último análisis, de cualquier interpretación subjetiva y arbitraria, por muy generalizada que dicha interpretación pueda estar en el contexto de una «práctica del Estado» dada. Esto es todavía más cierto si esta interpretación arbitraria reinante

¹¹ Accesible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>

¹² Así lo ha considerado también el hecho probado 1.2, pág. 27, inciso último, primer párrafo, de la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005 (JUR 2005\132318, caso *Scilingo*, oficial de la Marina de Guerra argentina).

¹³ Accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-59352>

¹⁴ Accesible en http://www.menschenrechte.ac.at/orig/01_2/Streletz.pdf.

del «Derecho en (in)acción» que contradice el Derecho escrito es el resultado de una confabulación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del Estado”¹⁵;

o que

“6 (...) los mismos textos jurídicos (la Constitución ...) o el Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos) conducen a resultados diferentes según que sean aplicados siguiendo uno u otro método del derecho propio del orden político contemplado. 7 Esto nos lleva a la cuestión de saber si, tras un cambio a través del cual un orden político (...) pasa a ser democrático, es legítimo aplicar «el antiguo» Derecho establecido por el régimen anterior no democrático siguiendo los métodos de interpretación y de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático nuevo. 8 Quiero señalar que, en mi opinión, no hay lugar para otras soluciones. Los Estados democráticos únicamente pueden autorizar a sus instituciones a aplicar el Derecho –incluso si se trata de normas anteriores dictadas bajo un régimen predemocrático– de una manera inherente al orden político democrático (en el sentido en el que esta noción es comprendida en las democracias tradicionales). El recurso a cualquier otro método de aplicación del Derecho (implicando que se llegue a resultados diferentes a partir de los mismos textos jurídicos) atentaría contra la sustancia misma del orden público de un Estado democrático. 9 Los mismos principios son igualmente válidos en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación de las normas del Derecho internacional, como las del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos. El Pacto fue firmado y ratificado por la mayoría de los Estados del mundo – democráticos y no democráticos (incluida la ex-RDA) –. Un Estado democrático únicamente puede interpretar y aplicar este instrumento (y otras normas jurídicas internacionales) siguiendo los métodos de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático. (...). 10 En consecuencia, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas nacionales o internacionales siguiendo los métodos propios de los regímenes (...) no democráticos (con resultados intolerables para un sistema democrático) deben ser consideradas erróneas, desde el punto de vista de un sistema democrático. Esto es válido tanto para una apreciación «ex post facto» de la práctica jurídica que estaba en curso bajo un régimen no democrático anterior (como en este caso, pero el problema puede plantearse evidentemente en otras nuevas democracias), como para la apreciación de la práctica jurídica actual (por ejemplo, en lo que se refiere al Pacto) en vigor en un régimen no democrático actual. Esta práctica debe ser contemplada como una desviación del Derecho. Una vez realizada la transición hacia un orden político democrático, las personas responsables no podrían justificar su comportamiento atrincherándose detrás de la manera «específica» en la que el Derecho es interpretado en los regímenes no democráticos. 11 En mi opinión, ésta es una conclusión obligatoria resultante del carácter universal de los derechos humanos y de los valores democráticos, que se imponen a todas las instituciones democráticas. Por lo menos desde la época del proceso de Nuremberg, esta concepción del orden democrático es bien comprendida en el mundo y por lo tanto previsible para todos. 12 Lo que atestiguan igualmente, me parece, las conclusiones de la presente sentencia”¹⁶;

- en el caso Zdanoka c.Letonia, cuya sentencia reitera que

¹⁵ TEDH, Sentencia Streletz y otros c. Alemania, de 22 de marzo de 2001, voto concurrente del Juez ZUPANČIĆ (TEDH2001\229). Ver en igual sentido el punto 81 de la misma Sentencia; el caso K-HW (2001) 36 E.C.H.R. 59 ECHR en [83]; el voto particular del citado Juez en el caso Zdanoka (2006) 45 E.C.H.R. 17 ECHR; el caso Clusters (2007) 47 E.C.H.R. 28 ECHR en [85]-[86].

¹⁶ Sentencia Streletz y otros c. Alemania, cit., voto concurrente del Juez LEVITS.

»Ni siquiera el derecho internacional puede borrar un período histórico de cincuenta años de duración. Por ello, si la actividad (...) debía ser declarada a priori ilegítima o ilegal, muchos acontecimientos sobrevenidos [en el régimen de facto] deberían haber sido declarados a posteriori ilegítimos o ilegales. Ex factis ius oritur [el derecho nace de los hechos], la historia está quizás en condiciones de hacer un enjuiciamiento semejante, pero no el derecho. El campo del derecho está determinado por el poder estatal establecido. La historia, por el contrario, es escrita por el vencedor (...). El travestismo operado por antiguos opresores que después se identifican con y profitan de la democracia y del estado de derecho (...) [está] demostrado en varios asuntos de los que ha conocido el Tribunal.¹⁷ (...) Revindican de manera desvergonzada los mismos derechos fundamentales que toda su vida han negado a los otros, y a menudo violado a sangre fría de la manera más brutal. (...) En derecho internacional, el proceso de Nuremberg es una ilustración histórica de la manera como el estado de derecho responde a la barbarie, del que el poder de la lógica jurídica prevalece ex post facto sobre la lógica hobbesiana del poder. Resulta claramente del ya citado caso Streletz, Kessler y Krenz que, por razones más restrictivas, la práctica sistemática de la impunidad, a pesar de la existencia puramente formal de normas punitivas precisas que van en sentido opuesto, no puede justificar después del hecho un medio de defensa activo que se basa en un error de derecho excusable. Una vez restablecido el estado de derecho, se aplica la norma positiva, incluso si estaba latente antes. (...) Este caso [Streletz, Kessler y Krenz] prueba que la norma punitiva, incluso si está durmiendo y es objeto de una denegación selectiva y sistemática –es decir, de una práctica generalizada de impunidad- y que es, pues, susceptible de hacer resumir a los actores que no será nunca aplicada, existe siempre positivamente, años después (...).¹⁸

86. La constante doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual los delitos de lesa humanidad inamnistiables (Sentencia *Ould Dah c. Francia*, de 17-03-2009¹⁹).

87. La doctrina de las Sentencias del caso *Jorgic c. Alemania*, de 12 de julio de 2007²⁰, *Kolk y Kislyiy c. Estonia*, de 17 de enero de 2006²¹, en que el TEDH considera que se respeta el principio de legalidad penal al aplicar, hoy, la ley penal que estaba vigente en el momento del acto delictivo- *tempus delicti commissi* – que sancionaba, p. ej., asesinatos, lesiones, secuestros, detenciones ilegales, violaciones, robos, etc.- la que debe ser, hoy, interpretada según los principios de un Estado de Derecho. Agrega, que al interpretar el CEDH, las jurisdicciones nacionales pueden no interpretar literalmente el concepto “grupo”, y aplicarlo a un “grupo social” (*Jorgic*, p. 108). Así lo ha hecho, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 12 de diciembre de 2000:

“la definición legal del genocidio defiende la idea de una protección legal que, más allá del individuo, se extiende a la existencia social del grupo (...) la intención de destruir el grupo (...) va más allá del exterminio físico y biológico (...). Por lo tanto, el texto de la

¹⁷. Voir, par exemple, *Strelitz, Gessler et Kenza c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II.

¹⁸ TEDH Caso *Zdanoka c. Letonia*, de 16 de marzo de 2006, Voto particular del juez ZUPANČIĆ

¹⁹ Citada, accesible en http://www.cfcpi.fr/IMG/pdf_Ould_Dah_c_France_Conseil_de_l_Europe_.pdf.

²⁰ Accesible en <http://weblog.leidenuniv.nl/media/blogs/76039/1948/jorgic%5B1%5D.pdf>.

²¹ Accesible en inglés en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolk.html>, traducción libre en castellano en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

ley no implica que la intención del culpable sea exterminar físicamente al menos una parte importante de los miembros del grupo” (pp. 76-82)

II. Subsidiariamente, de no admitirse la derogación parcial de la Ley 46/1977, conocer si los arts. 10.2, 24 y 96.1 de la CE son compatibles con esta Ley preconstitucional. Y, en el supuesto de así aceptarse, declarar que el Auto recurrido incurre en una interpretación-aplicación inconstitucional de dicha Ley

88. El artículo 10.2 de la Constitución reenvía al PIDCP y al CEDH y a la doctrina del TEDH, vinculantes para España según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

89. Las Diligencias Previas 399/2006 se han incoado en el JCISº en 2006, en conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo entonces vigente, para instruir las denuncias por crímenes de lesa humanidad y genocidio que por reparto llegaron a ese Juzgado.

90. El recurrido Auto de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional hace, en cambio, una interpretación *contra legem* de la Ley 46/1977 que, asimismo, vulnera garantías amparadas en los artículos 24, 25.1, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la Constitución española en relación con los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7.1, 7.2 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y los arts. 15.1 y 15.2 del PIDCP.

Los hechos: impunidad continuada, desde el 17 de julio de 1936 hasta hoy, de actos de presunta naturaleza genocida y delitos contra la humanidad

91. En las Diligencias Previas 399/2006 se denuncian actos **impunes** cometidos contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana y laica de gobierno, consistentes en

- el secuestro de más de 30.000 niños de familias republicanas, en el extranjero y España, y su traslado por fuerzas a otro grupo nacional, cambiándoles su identidad,
- la desaparición forzada de más de 115.000 ciudadanos, matanza mediante ejecución de más de 300.000 ciudadanos,
- el sometimiento intencional de decenas de miles de prisioneros a trabajo esclavo, acarreando la destrucción parcial del grupo,
- la detención y torturas de centenares de miles de ciudadanos;

- el desplazamiento de alrededor de otro medio millón de ciudadanos hacia el exilio.

Naturaleza jurídica de los actos impunes investigados en las Diligencias Previas 399/2006

92. Son actos susceptibles de ser subsumidos en el tipo de actos de naturaleza genocida o de lesa humanidad. De naturaleza genocida, porque se dirigen a destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional y social, claramente identificado como tal por los victimarios. De lesa humanidad, por constituir un ataque sistemático y generalizado contra la población civil por razones ideológicas y sociales, entre otras.

Principales normas de aplicación directa a los hechos

93. El art. 131.4 del C. Penal declara imprescriptibles los hechos de la referida naturaleza.

94. Su investigación y sanción en España no constituye una aplicación retroactiva de la ley penal. Son de aplicación, en la especie las normas penales sustantivas vigentes en España en la fecha del acto delictivo, o la norma posterior si fuera más favorable. Por ejemplo, el artículo 474 del Código Penal de 1932 contemplando la detención ilegal²², ésta sería la norma aplicable a las detenciones ilegales seguidas de desaparición cometidas entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977.

95. En conformidad con el art. 1.5 del Código Civil, de 1889, y los arts. 96.1 y 10.2 de la Constitución española de 1978, habrá que tener presente:

- el Convenio (II) de La Haya, de 29 de julio de 1899, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, y su anexo, el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Gaceta de Madrid, 22 de noviembre de 1900; Dicc. A. 9623);
- el Convenio de Ginebra, de 27 de julio de 1929, relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra (La Gaceta de Madrid, 11 de octubre de 1930; Dicc. A. 1365);
- el Convenio contra el trabajo forzado, adoptado por la Organización internacional del Trabajo el 28 de junio de 1930, ratificado por España el 29 de agosto de 1932;
- el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948 (BOE 8-02-1969 y 18-09-1985), según es interpretado por la

²² Ley de 27 de octubre de 1932 reformatoria del Código Penal de 18 de junio de 1870.

Corte Internacional de Justicia dado que el Reino de España ha retirado su reserva a la totalidad del artículo IX²³ (BOE 9.12.2009);

- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BOE 30 de abril de 1977), también vigente cuando se aprueba la Ley 46/1977, de amnistía;
- el Convenio Europeo de Derechos Humanos (BOE 10 de octubre de 1979) y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vinculante para España según el art. 10.2 de la Constitución y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional;
- el Convenio sobre prevención de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes (BOE 5 de julio de 1989);
- el Tratado de Roma de 17 de julio de 1998 y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (BOE 5 de octubre de 2000);
- la Convención de NNUU sobre desaparición forzada de personas, de 20.12.2006, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, firmada por España el 27 de septiembre de 2007 y, por consiguiente, obligada desde esta última fecha a no frustrar su objeto y fin (art. 18 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 22 de mayo de 1969 (BOE, 13-6-1980).

El objeto de la Ley 46/1977, de amnistía, no son los actos genocidas y de lesa humanidad

96. Según el orden establecido en el art. 3 del C. C., la norma deberá interpretarse según el “*sentido propio de las palabras, en relación el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”.

97. La ley 46/1977 tiene por objeto, sustancialmente, los actos cometidos por personas y organizaciones opositoras al régimen *de facto* dirigido por el entonces Partido Único, la “Falange Española Tradicionalista y de las JONS”.

98. Todos los delitos cometidos por las personas y organizaciones del régimen *de facto* han sido auto-amnistiados

- desde el Decreto de 13 de septiembre de 1936, firmado por el Presidente de la “Junta de Defensa Nacional” rebelde, que amnistía a los Jefes, Oficiales, Suboficiales y clases de tropa por las sublevaciones, por motivos políticos, de 10 de agosto de 1932, y de Alcalá de Henares en la primavera de 1936;

²³ Art IX: “*Las controversias entre las Partes Contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, 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 III, serán sometidas a la Corte internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.*”

- desde el Decreto de 23 de septiembre de 1939, firmado por el general rebelde Francisco Franco. El objeto de este Decreto son los delitos de intencionalidad política cometidos por partidarios del denominado “Movimiento Nacional” entre el 14 de abril de 1931 (proclamación de la II República) y el 18 de julio de 1936 (sublevación de una fracción de la oficialidad de las FFAA contra el Jefe del Estado y la forma de Gobierno):

*“Artículo 1.”.-Se entenderán no delictivos los hechos que hubieran sido objeto de procedimiento criminal por haberse calificado como constitutivos de cualesquiera de los delitos contra la Constitución, contra el orden público, infracción de las Leyes de Tenencia de armas y explosivos, **homicidios, lesiones, daños, amenazas y coacciones, y de cuantos con los mismos guarden conexión, ejecutados desde el 14 de abril de 1931 hasta el 18 de julio de 1936, por personas respecto de las que conste, de modo cierto, su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y siempre de aquellos hechos que por su motivación político-social pudieran estimarse como protesta contra el sentido antipatriótico de las organizaciones y gobierno, que con su conducta justificaron el Alzamiento”.***

99. Los actos de presunta naturaleza genocida y contra la Humanidad cometidos a partir del 23 de septiembre de 1939 no eran considerados delictivos por el régimen *de facto*, ni por sus Fiscales y Jueces –que prestaron todos juramento de lealtad a los “Principios del Movimiento Nacional”, al igual que lo han prestado la mayoría de los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo que han dictado el meritado Auto de 5-12-2010 que invoca el aquí recurrido de la Audiencia Nacional (Pleno).

100. Al integrar el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo el RDL 10/1976 y el RDL 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE 17-3-1977), con la Ley 46/1977 (BOE 4 agosto 1976), esta última es para la jurisprudencia un desarrollo de dichos Decretos-Leyes. Que el objeto de éstos son, en lo sustancial, las sanciones impuestas a quienes, antes y después del 1 de abril de 1939, se opusieron al régimen *de facto*, se halla explicitado en la Exposición de Motivos del RDL 10/1976 (BOE 4 agosto 1976):

“La Corona (...) es una de sus principales misiones promover la reconciliación de todos los miembros de la Nación, culminando así las diversas medidas legislativas que ya, a partir de la década de los cuarenta, han tendido a superar las diferencias entre los españoles. Tal es el caso de la reintegración de los derechos pasivos a los militares sancionados después de la pasada contienda [es decir, los del Ejército de la República española] (...). Al dirigirse España a una plena normalidad democrática, ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles. Tal es el objeto de la amnistía de todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política o de opinión ocurridos hasta el presente”.

101. La frase “*a partir de la década de los cuarenta*”... se refiere a los indultos concedidos por el régimen *de facto* a los actos de resistencia contra éste, pues todos los cometidos por los partidarios de aquél estaban amnistiados desde el Decreto de 23 de septiembre de 1939.

102. ¿Cabe interpretar, como ha hecho el Auto recurrido, que la amnistía del DL 10/1976 incluía los delitos de naturaleza genocida y los crímenes contra la Humanidad impunes? No. Tanto la Exposición de Motivos como su artículo 1 no incluyen entre *los delitos y faltas de intencionalidad política* aquellos que la Fiscalía General del Estado interpretaba entonces “*que por su carácter atroz no pueden ni deben ser dados al olvido*” (Circular N° 3/1976, de 13-08-1976, para aplicación DL 10/1976, pág. 227).

103. En esta circular la Fiscalía contrapone los “*delitos comunes*” a los “*delitos políticos*”, y en cuanto a la existencia o no de “*intencionalidad política*” instruye a los Fiscales

“*que los Tribunales habrán que determinar si concurre ese elemento subjetivo en la motivación y finalidad de la infracción a efectos de la amnistía (...). A título de orientación, habrá que presumirse ‘la intencionalidad política’, salvo que la excluya la naturaleza específica de la infracción, los delitos comprendidos en el Título I del Libro II del Código Penal –contra la Seguridad Exterior del Estado- y en el Título II del mismo Libro –contra la Seguridad Interior del Estado...*

104. Es decir, las infracciones esencialmente cometidas por opositores al régimen *de facto*. Pues bien, entre los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado se hallaba entonces el de genocidio, cuya naturaleza específica excluye la intencionalidad política (arts. 1 a 5 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio).

105. El RDL 10/1976 es desarrollado en el RDL 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE 17-3-1977), que extiende la amnistía a los delitos que han afectado a la vida e integridad de las personas, en el sentido que enmarcan la Exposición de motivos y el artículo 2: “*delitos de enfoque primordialmente políticos ...determinados delitos contra la seguridad interior del Estado*”, en particular “*los delitos comprendidos en el Titulo II del Libro II del Código Penal...*”, que no incluye el delito de genocidio.

106. La Circular de la Fiscalía General del Estado de 20-10-1977, sobre aplicación de la Ley 46/1977, al interpretar el ámbito objetivo de los delitos de “*intencionalidad política*” remitía a los criterios expuestos en su anterior Circular de 13-08-1976 (págs. 152-153).

107. La STC (Pleno) de 9 junio de 1986 (RTC 1986\76, FJ 2) “*deduce la extensión objetiva*” de la amnistía de la Ley 46/1977 “*de las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio*” (FJ 2).

108. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (RJ 2009\4711) define “grupo” en el marco de este Convenio como “*un número relevante de personas relacionadas entre sí por características que las diferencias de los demás miembros de la población*” (FD 10.4). En su voto particular el Magistrado D. Joaquín Giménez García estima que el

“grupo nacional incluye el exterminio de los grupos políticos de la misma nacionalidad (...) carece de sentido excluir del genocidio la política de exterminio ejecutada contra un subgrupo nacional por razones políticas cuando, por el contrario, la muerte o la práctica de cualquiera de las conductas que integran el crimen de lesa humanidad dirigidas por un grupo contra otro de la población civil, o parte de ella, son considerados tales crímenes”.

Sentido propio y contextual de los términos de la Ley 46/1977

109. Según el artículo 1, la amnistía se aplica a “**actos de intencionalidad política**”.
110. El artículo 5 confiere primacía a “*las normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad*”.
111. El artículo 9 dispone que: “*la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales correspondientes*” (...) **de acuerdo con las leyes procesales en vigor**”.
112. Ni el Convenio contra el genocidio (artículos 1 a 4) ni el PIDCP (art. 15.2) admiten la excepción de intencionalidad política, ni en tiempos de paz ni de guerra.
113. Determinar cuáles son los delitos a los que la Ley 46/1977 es susceptible de aplicación requiere necesariamente la interpretación de ésta en conformidad con la doctrina del CEDH resumida en el citado *caso K.H.W. c. Alemania* (Sentencia de 22 de marzo de 2001), que considera que la ley vigente durante un régimen de dictadura debe ser interpretada, en un Estado de Derecho, según la doctrina del TEDH:

“82. ... el hecho de que el recurrente no ha sido inquietado [durante el régimen anterior], sino que ha sido demandado y después condenado (...) [más que] por las jurisdicciones alemanas después de la reunificación en base a las disposiciones legales aplicables en la RDA en la época de los hechos, de ninguna manera significa que sus acciones no constituyan una infracción según la ley de la RDA.

83. En este sentido, el Tribunal señala que el problema (...) en cuanto a la actitud a adoptar con respecto a personas que cometieron delitos bajo un régimen anterior, se ha planteado igualmente a cierto número de otros Estados que han experimentado una transición a un gobierno democrático.

64. El Tribunal considera que es legítimo para un Estado de derecho llevar a cabo la persecución penal contra personas culpables de crímenes bajo un régimen anterior. De igual modo, no se podría reprochar a las jurisdicciones de tal Estado, sucesoras de las que existían anteriormente, que apliquen e interpreten las disposiciones legales existentes en la época en que se cometieron los hechos a la luz de los principios que rigen en un Estado de derecho.

85. En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el ángulo del artículo 7, § 1, por más clara que pueda ser la redacción de una disposición penal, cualquier sea el sistema jurídico, hay inevitablemente un elemento de interpretación judicial y habrá siempre

que dilucidar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación (sentencias SW y CR c. Reino Unido, 22 de noviembre de 1995, Serie A Nos. 335-B 335-C, pp. 41-42, §§ 34-36, y pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente – párrafo 45 más arriba). (...).”

114. La aplicación de la Ley 46/1977 requiere, en primer lugar, que el órgano judicial determine la existencia del hecho delictivo y su presunto autor. Así lo dispone su artículo 9:

“la aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales correspondientes” y “de acuerdo con las leyes procesales en vigor”,

es decir, hoy, las subordinadas a la Constitución de 1978 (artículo 5 de la LOPJ).

115. Recordemos, a este respecto, las deficiencias técnicas advertidas en la fundamentación del voto de la Ley 46/1977 por el Diputado señor Gómez de las Roces, según se lee en el Diario de Sesiones:

“estamos ante un texto legal lleno de imprecisiones jurídicas. Me basta remitirme al artículo 1º de este no estudiado proyecto de ley. Sencillamente, entiendo que carece de los más elementales requisitos de toda tipificación penal, y esto es algo que como legisladores no podemos nunca ignorar, este sentido, permítanme los señores Diputados que diga que estamos trasladando a los Tribunales de Justicia una competencia que es de las Cámaras, o es del Gobierno, pero en modo alguno de los Tribunales de Justicia, la de crear la norma.”

116. En 2º lugar, el órgano judicial tendrá presente que la Ley 46/1977 no establece ningún criterio legal para determinar cuáles son los *delitos de intencionalidad o de naturaleza política*. No los definía el Código penal, ni el de Justicia Militar ni el de la Marina de Guerra. Una sola norma diferenciaba los delitos políticos de los no políticos, a los solos efectos del distinto trato que deben recibir los presos políticos de los comunes, y era la Ley de 15 de febrero de 1873, siguiendo la clasificación que se refiere al Código penal de 1870.

117. En 3er lugar, al carecer la Ley 46/1977 de Exposición de Motivos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han integrado la Ley 46/1977 con sus inmediatos precedentes –en particular con el RDL 10/1976, de 30 de julio (BOE 4 agosto 1976), que disponen

<u>RDL 10/1976</u> , de amnistía:	<u>Ley 46/1977</u> , de amnistía:
- Art.1: “1. Se concede amnistía por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal (R. 1973, 2255 y N. Dicc. 5670), o en Leyes Penales especiales no mencionadas en el apartado siguiente (...).”	- “Art. 1. PRIMERO. Quedan amnistiados: a. Todos los actos de intencionalidad política , cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976. (...).”

118. En la STC (Pleno) de 9 junio, RTC 1986\76, el Tribunal Constitucional ha integrado ambas normas en cuanto a las sanciones de naturaleza penal

119. Así lo ha hecho también el Tribunal Supremo:

- en la STS de 13 junio 1994 (Sala III, RJ 1994\5284), en cuanto a las sanciones administrativas:

“PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo del que trae causa la presente apelación se impugna -conforme expresa el F. 1.^o de la sentencia recurrida-, «el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Bullas, de 3 agosto 1988, denegatorio de la solicitud del recurrente de que le fuera aplicada la Ley 46 / 1977, de 15 octubre (_RCL 1977\2204_y ApNDL 479), de Amnistía, y se le reintegrara en el cargo de Oficial Tercero de Administración de dicho Ayuntamiento (...).”

QUINTO.- La legislación promulgada en la materia [RD Ley 10/1976 de 30 julio (_RCL 1976\1495_y ApNDL 472), D. 2393/1976, de 1 octubre (_RCL 1976\1995_y ApNDL 476), OM 6 julio 1977] y la línea jurisprudencial mantenida en su aplicación [v. gr. SSTS 5.^a de 24 febrero 1983 (_RJ 1983\999_); 15 junio 1983 (_RJ 1983\6826_); 12 junio 1984 (_RJ 1984\3618_); 26 septiembre 1984 (_RJ 1984\4511_), 4 julio 1985 (_RJ 1985\3548_) y 22 octubre 1991 (_RJ 1991\8293_)] perfilan el ámbito de la amnistía,(...).”

- en la STS de 24 febrero 1983 (Sala III, RJ 1983\999):

“CDO.: Que el ámbito objetivo de la disposiciones dictadas concediendo los beneficios de la Amnistía normalmente comprende los denominados delitos políticos, y manteniéndose en esa línea, en el art. 1.1. del R. D.-Ley de 30 julio 1976, se otorga amnistía a todos los delitos y falta de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el C. P. o en leyes especiales cometidos con anterioridad al día 30 julio 1976, y en su art. 3.1. también hace extensiva la amnistía que se concede a las infracciones administrativas cometidas hasta la fecha indicada con la misma intencionalidad; elemento intencional que se reitera en el R. D. de 1 octubre 1976, sobre aplicación de la Amnistía a los funcionarios de la Administración Local, al declarar en su art. 2.^o que la Amnistía beneficiará a los funcionarios afectados en las mismas condiciones que señala el R. D.-Ley 10/1976. (...).”

- en igual sentido, en la STS de 15 junio 1983 (Sala III, RJ 1983\6826).

120. La Sala Penal del Tribunal Supremo, por su parte, no ha pronunciado Sentencia alguna que haya sostenido una interpretación distinta de la Ley 46/1977 (antes de que el JCInst. N^º 5 incoara las Diligencias Previas 399/2006, de las que trae causa este recurso).

121. En 4º lugar, los actos, delitos y faltas que enumera el artículo 2 de la Ley 46/1977 no son *numerus clausus*, lo que requiere su determinación judicial. La citada STC (Pleno) núm. 76/1986, de 9 junio (RTC 1986\76), cubre este vacío mediante la integración de la Ley 46/1977 con el RDL 10/1976, sobre amnistía, es decir con

“las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio (RCL 1976\J495 y NDL 26809 bis), que abarca a «todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal, o en las Leyes Penales especiales» [art. 1], a «los delitos de rebelión y sedición tipificados en el vigente Código de Justicia Militar»[art. 2], a los «prófugos y desertores»,[art. 3], o a «los que por objeción de conciencia se hubieran negado a prestar el servicio militar», y la misma extensión objetiva, por lo que a este aspecto se refiere, es posible verla reproducida en la Ley 46/1977, de 15 de octubre (RCL 1977\2204), y en las normas que la desarrollaron, entre ellas, las que extendieron la amnistía a los funcionarios de la Generalidad de Cataluña (...)” [FJ 2].

122. En 5º lugar, aplicar la ley 46/1977 requiere la previa comprobación judicial de un hecho delictivo y de su autoría, según dispone el artículo 6º:

“la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio. Respecto del personal militar al que se le hubiere impuesto, o pudiera imponérsele como consecuencia de causas pendientes, la pena accesoria de separación del servicio o pérdida de empleo, la amnistía determinara la extinción de las penas principales y el reconocimiento, en las condiciones más beneficiosas, de los derechos pasivos que les correspondan en su situación.”

123. En 6º lugar, también requiere actuación judicial la inexistencia de regulación en cuanto a los efectos procesales de la amnistía en la Ley 46/1977. El art. 666.4 de la LECrim. sólo se refiere a la amnistía como artículo de previo pronunciamiento a contar desde la entrega de los autos para calificación de los hechos (art. 667 LECrim.).

124. En 7º lugar, el objeto de los arts. 1 a 4 de la Ley 46/1977 son las responsabilidades declaradas por los Tribunales antes del 17 de octubre de 1977. Pero también pueden serlo actos sobre las que pende una sentencia, e incluso los que no son objeto de proceso por no haber infringido el ordenamiento, o no ser perseguibles de oficio ni a instancia de parte, pero que pudieran serlo. Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en la Sentencia (Pleno) núm. 76/1986 de 9 junio (RTC 1986\76):

“la amnistía, sea como sea definida, está estrechamente vinculada a la existencia de una previa responsabilidad por actos ilícitos, ya sean administrativos, penales o de otra índole: sobre este presupuesto operará la AMNISTÍA extinguendo la responsabilidad, según unos (el delito o la falta, según otros), para hacer desaparecer, con fundamento en una idea de justicia, las consecuencias de un derecho anterior, que se repudian al constituirse un orden político nuevo, basado en principios opuestos a los que motivaron la tacha de ilicitud de aquellas actividades. Un claro ejemplo de esta extensión objetiva de la amnistía se deduce de las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio (RCL 1976\J495 y NDL 26809 bis) (...). A la vista de lo anterior queda patente el ligamen amnistía-consecuencias del ilícito, como quiera que el legislador establezca ese ligamen.”

125. Este “orden político nuevo” es el basado en los “principios opuestos” [a los del régimen *de facto*], es decir entre otros los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BOE de 30 de abril de 1977), y los de los sucesivos tratados internacionales,

ratificados por España, gestados a partir de la victoria en 1945 de la coalición antifascista al norte de los Pirineos.

No existe Sentencia alguna del Tribunal Constitucional en sentido diferente al que esta acusación particular sostiene en el recurso de apelación ante la Sala Penal de la Audiencia Nacional

126. La STC (Pleno) núm. 361/1993, de 3 diciembre (RTC 1993\361), ha buscado la finalidad de la Ley 46/1977 en su “*iter legislativo*”, concluyendo que

“(….) se ha preocupado particularmente por delimitar como beneficiarios a los miembros de una determinada generación, la que sufrió, en razón de la edad, más directamente las consecuencias de la Guerra Civil, padeciendo prisión durante la misma o en la inmediata posguerra, y la que por ello gozó más tardíamente el restablecimiento de las libertades democráticas. (...)”.

127. Es decir, en esta Sentencia el Tribunal Constitucional identifica como beneficiarios de la amnistía a quienes se opusieron al régimen *de facto*. Y con razón.

128. Recordemos, en efecto, que D. Miguel Herrero de Miñón, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia en 1976, aporta el siguiente testimonio de la redacción del RDL 10/1976 en la que participó²⁴:

“Amnistía de los delitos de intencionalidad política. Reivindicación no sólo de la oposición sino, fundamentalmente, de la opinión. (...) [En el] “informe, base de los trabajos posteriores se optaba por amnistiar todos los delitos ejecutados con intencionalidad político-social, en tanto que no afectasen a determinados bienes que, como la vida o la integridad corporal, se reputaban intangibles. (...) Sobre esta base redacté un primer borrador que se presentó ante el Consejo de Ministros. (...) [El proyecto respaldado por el vicepresidente para Asuntos de la Defensa y los tres Ejércitos era más restrictivo y perjudicaba a] militares republicanos y oficiales de la Unión Militar Democrática. (...) Llegamos a un principio de acuerdo en el cual el criterio subjetivo era el general, mientras que el objetivo se aplicaba en lo que se refería al Código de Justicia Militar. (...) [Por otro lado] se comprendían en la amnistía delitos típicamente militares, como el de **rebelión y sedición**, que siempre suponen, por definición, una intencionalidad política (...) el problema central fue el de si [la amnistía] alcanzaba o no a los militares separados del ejército con ocasión del proceso [abierto] a los miembros de la **Unión Militar Democrática**”.

129. Recordemos que la Unión Militar Democrática (UMD) es creada por militares en activo en 1974, y que auspiciaba reemplazar el régimen *de facto* por otro democrático.

130. D. Alfonso Osorio – Vice-presidente del Gobierno de Unión del Centro Democrático cuando se redactó la Ley 46/1977-escribe en sus memorias:

²⁴ Memorias de Estío, Madrid, Ed. Temas de Hoy, 1999, pp. 74-79

“Desde el primer momento había quedado claro que no debía concederse la amnistía para ningún tipo de delito que hubiese producido daños físicos para las personas, es decir que no se amnistiaban los delitos de terrorismo. (...) sí se incluyeron a los militares que estuviesen condenados por los delitos de sedición militar, lo cual afectaba fundamentalmente a los jefes y oficiales recientemente sancionados en consejo de guerra por sus actividades en la Unión Militar Democrática (...) El Decreto Ley de amnistía abría el cauce para la vuelta de la totalidad de los exiliados políticos.”²⁵

131. Este sería también el objeto del artículo 2.A) de la Ley 46/1977: “los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ello, tipificados en el código de justicia militar.”

132. ¿El Congreso y el Senado elegidos en las elecciones pluralistas del 15 de junio de 1977, ampliaron la amnistía del DL 10/1976 y DL 19/1977 a los actos impunes de naturaleza genocida y de lesa humanidad? La respuesta es negativa, por los siguientes motivos

1º La Ley 46/1977 no contiene ninguna disposición en tal sentido;

2º. En su tenor literal, la Ley 46/1997 explica la primacía de “*las normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad*” (artículo 5º). Entre estos se hallaba vigente el PIDC, tal como ha declarado la doctrina del Tribunal Supremo al aplicar esta ley, por ejemplo la STS de 18 de mayo de 1979 (Sala Social, RJ 1979\2182):

*“la finalidad esencial de esta Ley es la de dejar sin efecto las sanciones impuestas conforme a la legalidad vigente en la fecha en que lo fueron, pero que han perdido su ilegalidad por aplicación de disposiciones legales posteriores (...) al promulgarse la Ley de Amnistía (...) España había ratificado y estaban en vigor, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales**, los dos concertados en Nueva York, y ratificados por España en 13 abril 1977 (RCL 1977\894 y NDL 29530 bis, nota)”;*

o la Sentencia de 7 abril 1979 (Sala Social, RJ 1979\1649):

*“normas y convenios «vigentes en la actualidad», (...) a la entrada en vigor de la Ley de amnistía, es decir el 17 octubre 1977, día de su publicación en el B. O. Estado; que son (...) y el **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales**, ratificado por España el 13 abril 1977 (RCL 1977\894 y NDL 29530 bis), publicado el 30 del mismo mes e incorporado por tanto desde ese día al derecho interno: art. 1.5 del C. Civ.”.*

²⁵ OSORIO (Alfonso): Trayectoria política de un ministro de la Corona Barcelona, Planeta, 1980, pág. 160.

133. Como es bien sabido, el PIDCP (artículo 15.2) no admite la excepción de intencionalidad política en los delitos de lesa humanidad. Por consiguiente, la propia Ley 46/1977 los excluye de su objeto y de sus beneficios.

134. En efecto, según se lee en el Diario de Sesiones de 14 de octubre de 1977, la única intervención que una Cámara puesta en pie aplaudió fue la del senador liberal monárquico D. Joaquín Satrústegui²⁶, tras lamentar que los militares leales a la legalidad republicana no fueran amnistiados con igual amplitud que el Decreto de 23 de septiembre de 1939 lo hizo respecto de quienes en julio de 1936, rompiendo la línea de mando institucional, se sublevaron contra el Estado Mayor de las FFAA y el Gobierno constitucional (págs. 219-222).

135. Congruentemente, el grupo parlamentario más identificado con el régimen *de facto*, el de la Alianza Popular, se abstuvo de votar a favor de la Ley 46/1977 “*porque una democracia responsable no puede estar amnistiendo continuamente a sus propios destructores*” (Diputado Sr. Carro, Pág. 959)²⁷. “Destructores” entre los que no incluía, obviamente, a los alzados en armas contra las instituciones y las autoridades constitucionales de España.

136. Por su parte, en el grupo gubernamental de la UCD afirmaba el Diputado Sr. Arias-Salgado (p. 973) que la Ley 46/1977 obedece “*al propósito de otros grupos políticos*”—es decir, los provenientes de la oposición al régimen *de facto*— y el Senador D. Marco Tobar precisaba:

“*apoyo la concesión de la amnistía pensando en todos aquellos que, perseguidos un día por sus ideas políticas, sufrieron, y quizás sufren y padecen, por la firme defensa y convicción de sus principios.*” (pp. 223-224).

El Convenio contra el Genocidio y el PIDCP priman sobre el articulado de la Ley 46/1977

137. Las razones expuestas anteriormente en cuanto a la primacía del Convenio contra el genocidio y el PIDCP en la interpretación literal, contextual y sistemática de la Ley 46/1977, no excluyen, obviamente, las amnistías especiales contempladas en el artículo 2 de aquella, entre ellos: “*e) los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley; f) los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.*”

²⁶ http://www.senado.es/legis0/publicaciones/pdf/S_1977_008.PDF

²⁷ Diario de Sesiones del Senado:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1977_024.PDF

138. Si por las razones expuestas entre los delitos de intencionalidad política no se hallan los de genocidio y lesa humanidad, tampoco pueden estarlo los actos de esta naturaleza referidos en la investigación y persecución de esos delitos.

139. Los principales sujetos de los delitos contemplados en el art. 2.e) son, según indicaba la citada Circular de la Fiscalía General del Estado, los funcionarios policiales y los jueces. Todos ellos habían prestado juramento de lealtad a los “*Principios Fundamentales del Movimiento Nacional*”.

140. Conclusión:

1. No son objeto de la Ley 46/1977, de amnistía, los delitos de naturaleza genocida ni los crímenes contra la humanidad;

2. en el supuesto caso de que no se compartieran las razones anteriores y, contra el tenor literal de la Ley 46/1977, se sostuviera que esta comprende los delitos de lesa humanidad y de naturaleza genocida, prevalece sobre la ley interna -en cuanto a que dichos delitos no prescriben y no son amnistiables- la aplicación efectiva de la doctrina del TEDH sobre los arts. 15 del PIDCP y 7 del CEDH, la de la Corte Internacional de Justicia sobre el Convenio contra el Genocidio, la normativa del Convenio contra la tortura, la del Tratado de Roma de 17 de julio de 1998, la del Convenio contra la desaparición forzada de personas, vigentes en España;

3. acogerse a los beneficios de la amnistía penal de la Ley 46/1977 requiere, en todo caso, seguir el debido proceso ante un Tribunal (art. 9º), a saber:

1. establecer el hecho delictivo;

2. identificar a su autor (art. 6º en relación con los arts. 1º y 2º);

3. Tribunal que, de oficio o a instancia de parte, oídas todas las partes, dentro del plazo de tres meses adoptará la resolución procedente;

4. “*de acuerdo con las leyes procesales en vigor*” (arts. 4.1 y 9 en relación con los arts. 1 a 3), es decir las actuales, subordinadas a la Constitución de 1978, cuyos arts. 10.2; 96; 25.1 y 9.3 deben aplicarse en conformidad con las obligaciones que los tratados internacionales imponen a España -los ya vigentes el 17 de octubre de 1977 y los ratificados posteriormente.

5. Por ello, la interpretación-aplicación de la Ley 46/1977 que se ha hecho en el Auto recurrido es contraria a su sentido literal y sistemático,

6. y vulnera los artículos 24, 25.1, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la Constitución española en relación con los artículos 7.1, 7.2, 2, 3, 4, 5, 6 y 13 del CEDH y 15.1 y 15.2 del PIDCP.

III. Denegación de justicia. No respuesta a la pretensión planteada en el Rº de apelación. Vulneración de los artículos 24, 25, 14, en relación con los arts. 10.2 y 9.3 de la Constitución española.

141. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio, y aparecen por ello vedadas por el art. 24.1 CE. La STC 52/2005, de 14 de marzo (RTC 2005\52) afirma:

«Tal vacío de tutela judicial con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de «la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo», sino sobre el «desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes» (SSTC 118/1989, de 3 de julio [RTC 1989\18], F. 3; 53/1999, de 12 de abril [RTC 1999\53], F. 3; 114/2003, de 16 de junio [RTC 2003\114], F. 3)... se trata de un quebrantamiento de forma que... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia» (F. 2).

142. En el presente caso, la comparación entre, de una parte,

-a) las pretensiones formuladas en el recurso de apelación del 17 de abril de 2011 (**docs. anexos nº 2 y 3**) contra los Autos del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de 27 de diciembre de 2010 y 28 de marzo de 2011 (**docs. anexos nos. 1ª y 1b**, respectivamente),

y, de otra parte,

b) la relación de hechos y los fundamentos de derecho del Auto pronunciado por la mayoría del Pleno de Sala Penal de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2014 (**doc. anexo nº 4**),

muestra la falta de respuesta a las pretensiones formuladas.

143. Al consolidar el cierre de los Tribunales de justicia, continuado desde el 17 de julio de 1936 hasta hoy, a las víctimas de actos de naturaleza genocida, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad en conexión con el de alzamiento en armas contra las Instituciones y Autoridades constitucionales del Estado, investigados en las Dil Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción Nº 5, el recurrido Auto incurre en manifiesta denegación de justicia, vulnerando garantías fundamentales amparadas por los artículos 24 y 14 en relación con los arts. 10.2 y 9.3 de la Constitución española, así como por los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 13, 14 y 17 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea,

144. El recurrido Auto articula su razonar con decisiones interrelacionadas con el presente procedimiento adoptadas por el Tribunal Supremo en 2012 en relación con este proceso, que determinan la envergadura de la indefensión y denegación de justicia deliberadamente impuestas por las respectivas Salas de lo Penal. Y emerge como un acto procesal predeterminado, necesario, para mantener el continuado cierre de los tribunales españoles a la investigación y enjuiciamiento de los referidos hechos.

145. Lo que constituye una manifiesta vulneración de los artículos 24, 25, 14, 10.2, 9.3 de la Constitución española en conformidad con las citadas normas del Convenio Europeo de DD. HH.

146. Según el TEDH, los delitos de genocidio y lesa humanidad no son prescriptibles ni amnistiables (ver los casos citados contra Estonia acumulados de *August Kolk y Petr Kislyiy*, donde el TEDH estudia en su Sentencia de 2004 (página 9) actos cometidos en 1944 en relación con el párrafo 2 del artículo 7 del CEDH, ratificado en 1991 por Estonia).

147. En la citada Sentencia del *Ould Dah c. Francia*, de 17 de marzo de 2009, el TEDH considera que la amnistía es generalmente incompatible con el deber que tienen los Estados de investigar y perseguir los delitos de lesa humanidad, de evitar su impunidad (pág. 17, subrayado nuestro).

148. En la Sentencia del caso *Kononov c. Letonia*, de 24 de julio de 2008²⁸, para. 146, el TEDH estudia un crimen de guerra cometido **en mayo de 1944** y tras constatar que el art. 6.C del Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 1945 reconoce los crímenes contra la humanidad cometidos antes o después de la II Guerra Mundial, que la validez universal de los principios sobre imprescriptibilidad de estos crímenes fue confirmada, entre otras, en la resolución 95 de la Asamblea General de la ONU de 11 de diciembre de 1946, y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional, concluye que son imprescriptibles los delitos identificados en el artículo 1 del Convenio de NNUU de 26-11-1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz.

149. En la Sentencia (Gran Sala) de 17 de mayo de 2010²⁹, el TEDH ha confirmado la Sentencia *Kononov* de 24-07-2008, señalando que si bien es en mayo de 1990 cuando Letonia adhirió al CEDH, el juicio celebrado el 30 de abril de 2004 que condenó al autor de hechos cometidos en **1944** ha aplicado los tipos penales de la enmienda de 6 de abril de 1993 al Código Penal lituano de 1961, lo que respeta el art. 7 del CEDH al ser dicha enmienda conforme con los principios establecidos en normas y precedentes de derecho internacional consuetudinario y convencional aplicables también a crímenes de lesa humanidad, sucesiva y acumulativamente, entre otros, en los Convenidos de La Haya de 1899 y 1907, en el Estatuto de agosto de 1945 del Tribunal de Nüremberg y su Sentencia de 1946, en el Estatuto del Tribunal de Tokio de 1946 y su Sentencia de

²⁸ Accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-87934>

²⁹ Accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-98701>

1948, en los “Principios de Nüremberg” aprobados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional, en el Convenio de las NNUU de 26 de noviembre de 1968 sobre la no aplicabilidad de la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad, de 26 de noviembre de 1968, en el Convenio europeo de 1974 sobre la no aplicabilidad de la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad. Es decir principios y normas de derecho internacional consuetudinario en lo sustancial vigentes en España antes y después del 17 de julio de 1936.

IV. Incongruencia del Auto de 13 de enero de 2013 de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional. Vulneración del artt. 24 de la Constitución.

150. El Auto recurrido no ha valorado las pretensiones formuladas en el recurso de apelación y no ha expresado los motivos de la respuesta tácita a aquellas.

151. La incongruencia omisiva es manifiesta, y vulnera garantías amparadas en los artículos 6.1 y 13 del Convenio Europeo de DDHH en relación con el art. 24 de la Constitución española, en sus dimensiones de derecho a un pronunciamiento congruente y motivado sobre las pretensiones deducidas en el recurso de apelación contra Autos del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de 27 de diciembre de 2010 y 28 de marzo de 2011.

152. Cualquiera que sea el canon que apliquemos, el resultado es el mismo: la denegación de justicia; la existencia de una denegación de tutela carente de fundamentación razonable.

153. El Tribunal Constitucional tiene declarado respecto de las pretensiones que la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, SSTC de 31 de mayo de 2005 y 85/2000, de 27 de marzo, RTC 2000, 85, F. 3).

154. En los sistemas jurídicos de España y del Convenio Europeo de DD. HH. es preceptiva la nulidad de una resolución donde el sentido común y la lógica más elemental son reemplazados por la incongruencia, según reiterada jurisprudencia constitucional (SS. T. C. de 15/2008, de 31 de enero de 2008, FJ4; 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 242/1992, de 21 de diciembre, FJ 3; 92/1993, de 15 de marzo, FJ 3; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 4; 47/2006, de 13 de febrero, FJ 3); de 28 de octubre de 1987; 32/1982, de 7 de junio (RTC 1982\32), STC 125/1987, de 15 de julio (RTC 1987\125), STC 67/1984, de 7 de junio (RTC 1984\67).

V. Discriminación en la aplicación de la ley. Vulneración del artículo 14 de la Constitución.

155. El Auto de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional de fecha 13 de enero de 2014 es manifiestamente discriminatorio respecto de los actos impunes de naturaleza genocida y de lesa humanidad cometidos contra ciudadanos del grupo nacional español diferenciado, por sus victimarios, por sostener opiniones republicanas y laicas.

156. Ante la denuncia de actos de esta naturaleza cometidos durante el régimen *de facto*, la jurisdicción penal no ha aplicado la Ley y la Constitución española según sus propios y consolidados criterios de igualdad y no discriminación *por razón de nacimiento, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*.

VII. Vulneración del art. 24 de la C.E. en su dimensión de derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas

157. El Auto recurrido forma parte del *iter* de indefensión y denegación de justicia que prohíbe la investigación de los actos delictivos descritos.

158. **El primer medio utilizado para cometer la violación de las garantías constitucionales ha sido un fraude de una norma legal, el art. 23 LECrim., pues** ningún Juzgado habiendo recabado para sí la competencia al JCI5, no existe “*conflicto de competencia*”.

159. El Auto recurrido consolida la vulneración del art. 24 de la Constitución y de los artículos 6 y 13 del CEDH en sus dimensiones -diferentes aunque interrelacionadas en el presente caso- de acceso a la jurisdicción; a la tutela judicial efectiva; a un proceso sin dilaciones indebidas; sin indefensión (STC núm. 237/2001 de 18 diciembre, RTC 2001\237).

160. Si alguna duda cabe al respecto, la entrada en vigor, el 23 de diciembre de 2010, de la nueva versión del art. 131.4 del C. Penal y de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, desvirtúa todas las premisas en cuya virtud la Sala Penal de la Audiencia Nacional ha adoptado el Auto recurrido, a saber la desaparición forzada de más de 100.000 españoles del grupo nacional republicano y convicciones laicas es constitutiva de un crimen de lesa humanidad, no amnistiable, imprescriptible, no “político” (art. 5), continuado hasta el día que cesa la desaparición forzada (art. 8), y el Reino de España (del que forma parte el órgano judicial) debe garantizar un recurso judicial rápido y efectivo para obtener sin demora las informaciones previstas en esas normas. Ese derecho a un recurso no podrá ser suspendido o limitado bajo ninguna circunstancia (art. 20), y deben prevenirse las dilaciones o la obstrucción de los recursos (art. 22).

VIII. El CEDH y las muertes-torturas que tuvieron lugar antes de su ratificación por España. Responsabilidad internacional por no investigarlas después de entrar en vigor el CEDH

161. El art. 96.1 de la CE dispone que los tratados internacionales vigentes “*sólo podrán ser derogados, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*”.

162. Habida cuenta de los expuestos antecedentes y su contexto, el Auto recurrido vulnera las obligaciones que imponen a España los arts. 6, 13, 2, 3, 4, 5, 7.2 y 17 del CEDH (*ex artículos 10.2, 14, 24.1 y 24.2 de la Constitución*).

163. En la Sentencia pronunciada el 9 de abril de 2009 en el caso *ŠILIH v. SLOVENIA*³⁰, el TEDH (Pleno) ha estudiado alegaciones del Estado demandado semejantes a las asumidas por el Auto recurrido en relación con la investigación iniciada en el JCI5-, a saber no investigar actos de naturaleza genocida y de lesa humanidad cometidos antes de la ratificación del CEDH. Tras recordar el art. 13 del proyecto de Convenio sobre la Responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales de la Comisión de Derecho Internacional, de 9 de agosto de 2001 (pp. 107-108), la Gran Sala del TEDH ha estudiado la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre la competencia *ratione temporis* (pp. 109-110); la resolución del Comité de DD.HH. de las Naciones Unidas en el caso *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso* (Communication No. 1159/2003, 28 March 2006), p. 113; las Sentencias de la Corte Interamericana de DD.HH en los casos *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencias de 29 de julio de 1988, *Godínez Cruz v. Honduras*, de 20 de enero de 1989, *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, de 23 de noviembre de 2004 (objeciones preliminares), *Moiwana Village v. Suriname*, de 15 de junio de 2005 - puntos 114-126-, las alegaciones del gobierno de Eslovenia sobre la no retroactividad de los tratados (la muerte en cuestión tuvo lugar antes de ratificar el CEDH) y el carácter no continuado del hecho inicial ni de los subsiguientes procedimientos (pp. 127-134).

164. Tras ello, esta Sentencia *ŠILIH v. SLOVENIA* ha estudiado los aspectos procedimentales de los artículo 2 y 3 del CEDH (pp. 139-151), y se ha planteado

*“determinar si las obligaciones dimanantes del artículo 2 puede verse como desglosables del acto sustantivo y son susceptibles de ser invocadas en relación con muertes que ocurrieron antes de la fecha crítica o, alternativamente, si se hallan tan inextricablemente ligadas a la obligación sustantiva que la cuestión sólo puede plantearse en relación con muertes que ocurren en fecha ulterior a aquella”*³¹ (p. 152).

³⁰ Accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-92142>

³¹ Now determine whether the procedural obligations arising under Article 2 can be seen as being detachable from the substantive act and capable of coming into play in respect of deaths which occurred

165. La Gran Sala del TEDH recuerda, en esta ocasión, su reiterada jurisprudencia

“el Tribunal ha interpretado los artículos 2 y 3 del Convenio teniendo en cuenta el carácter fundamental de estos derechos, que encierran una obligación procedural de llevar a cabo una investigación efectiva de las alegadas vulneraciones de las dimensiones sustantivas de esas disposiciones (McCann and Others, citado antes, §§ 157-64; Ergi v. Turkey, 28 July 1998, § 82, Reports 1998-IV; Mastromatteo v. Italy [GC], no. 37703/97, § 89, ECHR 2002-VIII; and Assenov and Others v. Bulgaria, 28 October 1998, §§ 101-06, Reports 1998-VIII).” (p. 153)

“la obligación del Estado de llevar a cabo una investigación efectiva u ofrecer la posibilidad de incoar procedimientos civiles o penales según las circunstancias del caso (Calvelli and Ciglio v. Italy [GC], no. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I)” (p. 154), ha sido considerada en la jurisprudencia del Tribunal como una obligación inherente en el artículo 2 que requiere, inter alia, que el derecho a la vida esté “protegido por la ley”. Aunque el incumplimiento de tal obligación puede tener consecuencias para el derecho protegido por el artículo 13, la obligación procedural del artículo 2 es vista como una obligación distinta (ver Öneryıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, § 148, ECHR 2004-XII; and İlhan, cited above, §§ 91-92).

*“El Tribunal observa que la obligación procedural no debe ser considerada como dependiente de si el Estado es finalmente hallado culpable de la muerte. Cuando se alega la privación voluntaria de la vida, el mero hecho de que las autoridades sean informadas de una muerte crea **ipso facto** la obligación bajo el artículo 2 de llevar a cabo una investigación efectiva ((Yaşa v. Turkey, 2 September 1998, § 100, Reports 1998-VI; Ergi, citada antes, § 82; and Süheyla Aydın v. Turkey, no. 25660/94, § 171, 24 May 2005).)” (p. 156)*

“Si normalmente una muerte en circunstancias sospechosas desencadena una obligación procedural bajo el artículo 2, esta obligación vincula al Estado durante el período en que las autoridades puede razonablemente esperarse que adoptarán medidas a fin de dilucidar las circunstancias de la muerte y determinar la responsabilidad de la misma (ver, mutatis mutandis, Brecknell v. the United Kingdom, no. 32457/04, §§ 66-72, 27 November 2007, and Hackett v. the United Kingdom, (dec.) no. 34698/04, 10 May 2005)” (p. 157)

166. Y concluye la Gran Sala del TEDH:

159. Contra estos antecedentes, el Tribunal concluye que la obligación procedural de llevar a cabo una investigación efectiva bajo el artículo 2 se ha convertido en un deber separado y autónomo. Aunque está activada por los actos que conciernen a los aspectos sustantivos del Artículo 2 puede dar origen a constatar una “interferencia” separada e independiente en el sentido de la sentencia Blečić (arriba citada, § 88). En este sentido puede ser considerada como una obligación separable que nace del artículo 2 capas de vincular al Estado aún cuando la muerte haya tenido lugar antes de la fecha crítica.

160. Este enfoque halla apoyo también en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, en particular, de la Corte Inter-Americana de

prior to the critical date or alternatively whether they are so inextricably linked to the substantive obligation that an issue may only arise in respect of deaths which occur after that date.

Derechos Humanos, que, aunque bajo diferentes disposiciones, acepta la jurisdicción ratione temporis sobre demandas procedimentales referidas a muertes que han tenido lugar fuera de su jurisdicción temporal (ver párrafos 111-18 arriba).³²

167. La medida del incumplimiento de estas obligaciones contractuales por parte del Auto recurrido de la Sala Penal de la Audiencia Nacional la da el hecho de que, para aplicar el CEDH según la doctrina que estamos invocando, al TEDH le basta que haya una sola persona muerta, aunque sea por negligencia en una hospital, mientras que el aquí recurrido Auto niega su aplicación cuando hay impune centenares de miles de asesinatos, desapariciones forzadas, torturas sistemáticas, decenas de miles de niños secuestrados, expolio de bienes a millones de personas, etc., cuya investigación el Auto mantiene prohibida, de hecho.

168. - La Sentencia de 17 de diciembre de 2010 de la Cour d'Assises de Paris³³ ha aplicado los principios del CEDH al condenar a cadena perpetua a dos generales del Ejército de Chile, a treinta años de cárcel a otros dos generales, y a veinticinco años de cárcel a otros oficiales y dos civiles, por el secuestro en Chile en 1973-1975, seguido de torturas y desaparición forzada, de cuatro ciudadanos, delitos a lo que no ha aplicado la prescripción ni la amnistía -la ley chilena y francesa establecen en 20 años el plazo máximo para la prescripción de un crimen; la ley de amnistía chilena es de 1978.

169. La Sentencia de 24 de noviembre de 2010³⁴ de la Corte Interamericana de DDHH condena a la República de Brasil (párrafo 172) por vulnerar su Corte Suprema garantías establecidas en el Convenio Interamericano de DDHH **-y también en el CEDH-** consistentes

- 1) en la obligación de investigar, y en su caso sancionar, graves violaciones de derechos humanos, según el derecho internacional, cometidos en fecha anterior a la ratificación del Convenio internacional;
- 2) la obligación de no aplicar la ley de amnistía -de 1979- a graves violaciones de derechos humanos cometidas antes del año 1979.

170. En efecto, esta Sentencia condena a Brasil en virtud de principios amparados por el CEDH y el TEDH que invoca en los términos siguientes (subrayado nuestro):

³² *159. Against this background, the Court concludes that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent "interference" within the meaning of the Blečić judgment (cited above, § 88). In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date. 160. This approach finds support also in the jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee and, in particular, of the Inter-American Court of Human Rights, which, though under different provisions, accepted jurisdiction ratione temporis over the procedural complaints relating to deaths which had taken place outside their temporal jurisdiction (see paragraphs 111-18 above).*

³³ Esta Sentencia es accesible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/casopinochetfranciapisde1712-2010condamnation.pdf>

³⁴ Esta Sentencia es accesible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

“145. Por su parte, en el Sistema Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que en casos de violaciones al derecho a la vida o a la integridad personal, la noción de un “recurso efectivo” implica, además del pago de una compensación cuando proceda y sin perjuicio de cualquier otro recurso disponible en el sistema nacional, la obligación del Estado demandado de llevar a cabo una investigación exhaustiva y eficaz, capaz de conducir a la identificación y castigo de los responsables, así como el acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación³⁵”.

“161. En el Sistema Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que es de la mayor importancia, para efectos de un recurso efectivo, que los procesos penales referentes a crímenes como la tortura, que impliquen violaciones graves a los derechos humanos no sean prescriptibles y que no se deben permitir amnistías o perdones al respecto.³⁶”

“256 (...) Teniendo en cuenta lo anterior, así como su jurisprudencia, este Tribunal dispone que el Estado debe conducir eficazmente la investigación penal de los hechos del presente caso a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea³⁷². Esta obligación debe ser cumplida en un plazo razonable (...) inter alia:

a) iniciar las investigaciones pertinentes en relación con los hechos del presente caso, tomando en cuenta el patrón de violaciones de derechos humanos existente en la época (...);

b) determinar los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de las víctimas y de la ejecución extrajudicial. Además, (...) el Estado no podrá aplicar la Ley de Amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad para excusarse de esta obligación (...), y

c) asegurarse que: i) las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes ex officio, (...) ii) las personas que participen en la investigación (...) cuenten con las debidas garantías de seguridad, y iii) las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.

257. Particularmente, el Estado debe garantizar que las causas penales que se inicien por los hechos del presente caso en contra de presuntos responsables que sean o hayan sido funcionarios militares, se tramiten ante la jurisdicción ordinaria y no en el fuero militar (...”).

³⁵ Cfr. T.E.D.H. Case of Aksoy v. Turkey. Application No. 21987/93, Judgment of 18 December 1996, para. 98; T.E.D.H. Case of Aydin v. Turkey. Application No. 23178/94, Judgment of 25 September 1997, para. 103; T.E.D.H. Case of Selçuk and Asker v. Turkey. Applications Nos. 23184/94 and 23185/94, Judgment of 24 April 1998, para. 96, y T.E.D.H. Case of Keenan v. United Kingdom. No. Application 27229/95, Judgment of 3 April 2001, para. 123.

³⁶ Cfr. T.E.D.H., Case of Abdülsamet Yaman v. Turkey, Judgment of 2 November 2004, Application No. 32446/96, para. 55.

IV

ANTECEDENTES PROCESALES DEL PRESENTE RECURSO

171. La recurrente ejerce la acción penal y civil como acusación particular en las Dil. Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, por presuntos delitos de genocidio, lesa humanidad y otros cometidos en España e impunes.

V

REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE AMPARO

Primero.- Plazo de interposición.

172. En conformidad con el art. 44.2 de la LOTC y la LO 6/2007, de 24 de mayo (BOE de 25 de mayo), la presente demanda se interpone antes de que haya transcurrido el plazo de treinta días a partir de la notificación –el 20 de enero de 2014- del Auto de 13 de enero de 2014 que desestima el recurso de apelación contra el Auto del JCInst. Nº 5 de 28 de marzo de 2011.

173. Se acredita ello mediante la aportación de copia sellada de la diligencia de notificación del Auto de 13 de enero de 2014 (**doc. anexo Nº 4**, página final).

Segundo.- Agotamiento de los recursos utilizables.

174. Frente a los Autos de 27 de diciembre de 2010 y 28 de marzo de 2011 del JCInst. nº 5 (**docs. anexos nos. 1^a y 1b**, respectivamente) -las primeras resoluciones judiciales en las que se desconoció de modo inmediato las garantías constitucionales objeto del presente recurso de amparo- la recurrente ha utilizado todos los medios que estaban a su alcance (art. 44.1.a) LOTC), a saber el Rº de reforma y subsidiario de apelación 17 de abril de 2011 (**docs. anexos nº 2 y 3**) .

175. Contra el referido Auto del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional no cabe recurso alguno.

Tercero.- Invocación formal del derecho vulnerado

176. La invocación de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24.1, 24.2 y 14 de la Constitución española se ha realizado desde la primera ocasión en que la vulneración ha tenido lugar, es decir en el Rº de apelación ante la Sala Penal de la Audiencia Nacional.

177. Así es de ver en la copia de los citados documentos que se acompañan, en particular los Recursos de reforma y de apelación interpuestos por mi representada el 1

y 17 de abril de 2011 (**docs. anexos nº 2 y 3**), respectivamente, frente a los Autos del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de 27 de diciembre de 2010 y 28 de marzo de 2011 (**docs. anexos nos. 1^a y 1b**, respectivamente).

Cuarto.- Competencia

178. La competencia objetiva para el conocimiento de la demanda de amparo corresponde a la Sala, o, en su caso, Sección, del Tribunal Constitucional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución española y en los artículos 2.1,b), 11, 50 y 52 de la LOTC.

Quinto.- Legitimación

179. La recurrente está activamente legitimada para promover el presente recurso, en cuanto que es parte en el procedimiento incoado en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 (Dil. Previas 399/2006) del que dimana el presente recurso de amparo, y ha resultado agraviada por la vulneración de las referidas garantías constitucionales.

Sexto.- Procedimiento

180. La tramitación del procedimiento se ajustará a lo establecido en el Capítulo II del Título III de la LOTC.

Séptimo.- Derecho aplicable de relevancia en la resolución del presente recurso

181. Derecho sustantivo invocado

1.- El **art. 6.1³⁷** del **Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales**, en relación con los arts. 24, 14 y 10.2 de la Constitución y el art. 219 LOPJ, en sus puntos 10º y 11º.

2.- El **artículo 13** del mismo **Convenio Europeo de Derechos Humanos** en relación con los artículos 24, 14 y 10.2 de la Constitución:

“Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

182. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

1. La doctrina constitucional arriba invocada.

³⁷ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...).”

2. La constante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el respeto al canon de los derechos fundamentales establecido en el CEDH y otros Tratados vigentes en España. Así, la STC núm. 116/2006 (Sala Primera), de 24 abril (RTC 2006\116), tiene declarado:

FJ 5º “Este Tribunal, desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000\91], F. 7, citando entre otras las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre [RTC 1981\38], F. 4; y 78/1982, de 20 de diciembre [RTC 1982\78], F. 4), habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto constituye parte también del de los derechos fundamentales, «formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español» (ATC 260/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000\260 AUTO], F. 2).”

183. El Auto de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional de fecha 13 de enero de 2014, y los Autos que aquel ha confirmado de 28 de marzo de 2011 y 13 de enero de 2014 del JCInst. Nº 5, han incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina anteriormente citada del Tribunal Constitucional (artículo 5 de la LOPJ), vinculante “en todo tipo de procesos”.

**

Vulneración cometida

184. El recurso se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que el Auto de 13 de enero de 2014 de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional ha hecho de los derecho constitucionales oportuna e inmediatamente invocados por la recurrente frente al Auto de 28 de marzo de 2011, y del amparo de las garantías constitucionales negadas a la recurrente, a saber el derecho

- a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a la jurisdicción, a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas; a la interdicción de la denegación de justicia, de la arbitrariedad, de la incongruencia;
- al principio de legalidad interpretado en conformidad con los arts. 7.2, 3, 4, 6.1 y 13 del CEDH en relación con el art. 15.2 del PIDCP y con los arts. 9.3, 10.2, 24.1, 24.2, 14, 25.1 y 96.1 de la Constitución española;
- a la no discriminación en la aplicación de la ley y, en particular ante actos de genocidio y lesa humanidad como los que son investigados en las Dil Previas 399/2006 del JC15º en conformidad con la CE y el CEDH;
- a la interpretación-aplicación constitucional de la Ley 46/1977, de amnistía.

185. El recurso solicita que otorgando el amparo se garantice la efectividad de los derechos constitucionales vulnerados.

**

La tutela que se solicita

186. Por todo ello, se solicita el otorgamiento del amparo frente a las relatadas vulneraciones, mediante la declaración de que

- a) la entrada en vigor de los arts. 10.2, 24 y 96.1 de la Constitución ha supuesto, en virtud de la Disposición Derogatoria 3^a de ésta, la derogación parcial de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, en cuanto entre en contradicción o se oponga a lo establecido en tratados internacionales vigentes en España, en particular en el Convenio contra el genocidio de 1948, en el art. 15.2 del PIDCP de 16 de diciembre de 1966 y en el art. 7.2 del CEDH de 10 de octubre de 1979;
- b) Subsidiariamente, de no admitirse la derogación parcial de la Ley 46/1977, conocer si los arts. 10.2, 24 y 96.1 de la CE son compatibles con esta Ley preconstitucional. Y, en el supuesto de así aceptarse, declarar que el Auto recurrido incurre en una interpretación-aplicación inconstitucional de dicha Ley que ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a la jurisdicción; al proceso debido con todas las garantías, sin dilaciones indebidas; a la interdicción de la denegación de justicia, de la arbitrariedad, de la incongruencia; de la discriminación en la aplicación de la ley; al principio de legalidad interpretado en conformidad con los arts. 7.2, 3, 4, 6.1 y 13 del CEDH en relación con los arts. 9.3, 10.2, 24.1, 24.2, 14, 25.1 y 96.1 de la Constitución española y el art. 15.2 del PIDCP;

187. A fin de restablecer a la demandante en la plenitud de su derecho, procede anular el Auto de 13 de enero de 2014 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, ordenar la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse, de manera que por la propia Sala de la Audiencia Nacional se dicte nueva resolución mediante la que se elimine el resultado disconforme con el vulnerado derecho fundamental.

PETICIÓN

a) **Formal:** Tenga por presentado este escrito de demanda con los documentos que acompaña, me tenga por comparecido y parte demandante en la representación que acredo, y tenga por formulado proceso en solicitud de amparo constitucional frente al Auto de 13 de enero de 2014 de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional, que desestima el R^o de apelación interpuesto por mi representada el 17 de abril de 2011 frente a los Autos del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de 27 de diciembre de 2010 y 28 de marzo de 2011.

b) **Material:** dicte en su día Sentencia por la que, estimando el amparo que se solicita,

1º declare que la entrada en vigor de los arts. 10.2, 24 y 96.1 de la Constitución ha supuesto, en virtud de la Disposición Derogatoria 3^a de ésta, la derogación parcial de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, en cuanto entre en contradicción o se oponga a lo establecido en tratados internacionales vigentes en España, en particular en el Convenio contra el genocidio de 1948, en el art. 15.2 del PIDCP de 16 de diciembre de 1966 y en el art. 7.2 del CEDH de 10 de octubre de 1979;

2º Subsidiariamente, de no admitirse la derogación parcial de la Ley 46/1977, conocer si los arts. 10.2, 24 y 96.1 de la CE son compatibles con esta Ley preconstitucional. Y, en el supuesto de así aceptarse, declarar que el Auto de 13 de enero de 2014 de la Sala Penal (Pleno) de Audiencia Nacional ha vulnerado el derecho fundamental de la recurrente, Da. Carmen NEGRIN FETTER, a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a la jurisdicción; al proceso debido con todas las garantías, sin dilaciones indebidas; a la interdicción de la denegación de justicia y de la arbitrariedad, de la incongruencia, de la discriminación en la aplicación de la ley; al principio de legalidad interpretado en conformidad con los arts. 7.2, 3, 4, 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el art. 15.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 9.3, 10.2, 24.1, 24.2, 14, 25.1 y 96.1 de la Constitución española;

3º declare la nulidad del Auto de 13 de enero de 2014 de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional;

4º ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior de dictarse el Auto de 13 de enero de 2014 para que, en su lugar, la Sala Penal de la Audiencia Nacional dicte una nueva resolución respetuosa con el contenido de los derechos fundamentales vulnerados.

OTROSI DIGO: Que por serme necesario para otros pleitos, solicito el desglose y entrega del Poder que acompaña, dejando en autos testimonio del mismo.

En su virtud,

A LA SALA SUPlico: el desglose del Poder que acompaña,

Madrid, 18 de febrero de 2014



Ldo. Hernán Garcés Durán
Colegiado nº 98.613. I. Colegio de Abogados de Madrid

DOCUMENTOS ANEXOS

No.

- 0 Poder para pleitos
- 1a Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de 27 de diciembre de 2010
- 1b Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de 28 de marzo de 2011
- 2 Rº de reforma de 1 de abril de 2011 frente al Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de 28 de marzo de 2011
- 3 Rº de apelación de 17 de abril de 2011 frente al Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de 28 de marzo de 2011
- 4 Auto de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional de fecha 13 de enero de 2014
- 5 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, de 30 octubre de 2008, al Quinto Informe Periódico emitido por el Estado español con arreglo a lo previsto en el art. 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 6 Observaciones Finales el Grupo de Trabajo de NN.UU. de 13 de noviembre de 2013
- 7 Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas tras su visita a España, publicadas el 30 de septiembre de 2013
- 8 Resolución del 18 de septiembre de 2013 del Juzgado Federal de Buenos Aires, que imputa a españoles y libra la correspondiente orden internacional de detención por presuntos delitos de lesa humanidad cometidos en España durante el régimen de facto (17 de julio de 1936-15 de junio de 1977).