

**FORMULAMOS OBJECIONES – SE INVESTIGUE -
SOLICITAMOS MEDIDAS DE PRUEBA – SOLICITAMOS
CONSTATACIÓN**

Señora Juez:

David Baigún, Beinusz Szmukler, Ricardo Daniel Huñis, Máximo Castex, Carlos Zamorano y Héctor Trajtemberg, por la querrela, manteniendo el domicilio legal constituido en Av. Corrientes 1515, Piso 2º “A”, de esta ciudad, en la **causa N° 4.591/10**, caratulada “**N.N S/ GENOCIDIO**”, a V.S. decimos:

I.- Mediante nota verbal de 7 de junio de 2011 el Mº de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España remitió a la Embajada Argentina en dicho país informe del Fiscal General del Estado y otros documentos procedentes del Mº de Justicia, en respuesta al exhorto internacional librado en estas actuaciones el día 14 de octubre de 2010. El 28 de junio dicha documentación fue remitida al Juzgado por el Mº de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Habiendo analizado dicha respuesta, venimos a formular las siguientes objeciones:

En la Comisión Rogatoria, como señala en sus antecedentes el informe de la Fiscalía General del Estado de España, se solicitaba que por parte de las autoridades españolas se informara acerca de si existían investigaciones judiciales en España

sobre la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través de su eliminación física, y de uno que propició la desaparición “legalizada” de menores de edad con pérdida de su identidad, llevados a cabo en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y 15 de junio de 1977 debiendo, para caso afirmativo, hacer conocer al juzgado la naturaleza y el estado procesal actual de las investigaciones, con expresa indicación de los Tribunales actuantes.

Se adelanta que, de las respuestas recibidas, se desprende diáfananamente que dichas investigaciones son inexistentes.

En el apartado II. del informe titulado “PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN INCOADOS EN ESPAÑA POR LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE LA COMISIÓN ROGATORIA, Y ESTADO PROCESAL DE LOS MISMOS” se destaca en primer lugar:

“1. Procedimiento seguido en el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional”.

El informe relata, en forma sucinta, el iter procesal que recorrieron las diligencias previas incoadas en el procedimiento abreviado nº 399/2008, transformado luego en sumario nº 53/2008, por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 a cargo del juez D. Baltasar Garzón. En dichos procedimientos, y como igualmente señala el informe, se investigaban, según señalaba entre otros el

Auto dictado en los mismos el 18 de noviembre de 2008, denuncias “ ... por presuntos delitos de DETENCIÓN ILEGAL basadas en los hechos que se describen en las mismas, fundamentalmente por la existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detención ilegal) de personas a partir de 1936, durante los años de la Guerra Civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del estado español”. Asimismo, y según se refleja en el Auto y es citado en el informe, se apreciaba que “... podría haberse desarrollado un sistema de desaparición de menores hijos de madres republicanas (muertas, presas, ejecutadas, exiliadas o simplemente desaparecidas) a lo largo de varios años, entre 1937 y 1950, desarrollado bajo la cobertura de una aparente legalidad, al contrario de lo que décadas después ocurriría en Argentina entre los años 1976 y 1983. Pero, precisamente por ello, con unos efectos más perdurables en el tiempo y más difíciles de detectar y hacer que cesen”.

El informe indica que, una vez constatado el fallecimiento de los principales responsables del denominado “alzamiento nacional”, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 se inhibió -mediante el citado Auto de 18 de noviembre de 2008 que fue acompañado por la Fiscalía General del Estado en la contestación a la Comisión Rogatoria- a favor de los Juzgados de Instrucción de las localidades en que se encontraban ubicadas las fosas identificadas en las que fueron enterradas las víctimas de la

actividad represiva en orden a “la recuperación del cadáver en su caso, o constatación de la inexistencia del mismo”.

Omite sin embargo mencionar: A) los recursos de la fiscalía contrarios a la prosecución de dicha causa y los argumentos con que se opuso a la continuación de la misma, B) la resolución adoptada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 2 de diciembre de 2008, C) el procesamiento y sometimiento a juicio del juez instructor por parte del Tribunal Supremo, acusado de un delito de prevaricación debido a la apertura de la mencionada causa.

A) El 20 de octubre de 2008 la fiscalía de la Audiencia Nacional de España -que como señala el informe (pag. 556) recibe de la Fiscalía General del Estado las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos- interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de dicha Audiencia contra el Auto de fecha 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, por el cual éste declaraba su competencia para investigar los hechos delictivos a que se referían las diligencias y el sumario antes señalado. (Se adjunta copia completa de dicho recurso).

La oposición se basaba, como se aprecia sin dificultad de su lectura, en que la fiscalía entendía:

a) Que el procedimiento incoado constituía una causa general incompatible con lo previsto en la legislación española.

b) Que la acción penal para perseguir los crímenes estaba prescripta.

c) Que el juzgado eludió la aplicación de la ley de amnistía de 1977 (Ley 46/1977, de 15 de octubre).

d) Que soslayó el principio de irretroactividad de leyes penales no favorables.

e) Que, además, el juzgado carecía de competencia territorial.

Como ya anunciaba en el recurso de apelación, el fiscal interpuso otro escrito ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional -al amparo del incidente previsto en el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- un día después de aquél, el 21 de octubre de 2008 (Se adjunta copia completa del mismo).

En ese escrito, en el que solicita que se declare la nulidad de pleno derecho del Auto de 16 de octubre de 2008 y la incompetencia del Juzgado Central de Instrucción nº 5, desarrolla los mismos argumentos del recurso de apelación insistiendo, entre otros extremos, en que todos los delitos deben considerarse prescriptos, incluidos los de desaparición forzada por, literalmente “... ser notorio el fallecimiento del secuestrado -como ocurre en estos supuestos en los que ni siquiera el Instructor se plantea la posible subsistencia de detenciones ilegales más allá de 1951- careciendo de trascendencia a estos efectos el hallazgo de los restos mortales”.

B) El 2 de diciembre de 2008 el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Auto en el que, por el voto de la mayoría de sus integrantes, resolvió: “Declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción nº 5 para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008 y, en consecuencia, dejar sin efecto todos los actos y resoluciones posteriores, incluido el auto de 18 de noviembre de 2008, con el alcance y límites establecidos en el razonamiento jurídico 6 de este auto. Sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, a salvo el de queja por la inadmisión a trámite del recurso de casación” (se adjunta copia de esta resolución).

Distintas asociaciones y personas perjudicadas interpusieron recurso de queja, entre el 9 de marzo y el 17 de abril de 2009, ante la inadmisión a trámite del recurso de casación contra esta decisión, que fue desestimado por Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 5 de noviembre de 2010 -más de un año y medio después de la interposición del recurso de queja- adquiriendo la misma, en consecuencia, firmeza (se adjunta copia del Auto del Tribunal Supremo).

Como se aprecia, la resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional deja sin efecto el auto del Juzgado Central de Instrucción nº5 de 18 de noviembre de 2008 por el

cual éste se inhibía a favor de los juzgados territoriales en los que constaba la ubicación de fosas comunes, y anula todos los actos y resoluciones posteriores al Auto del 16 de octubre en el que el Juez Instructor se declaraba competente, dejando a salvo la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales, pero sin indicar cuál de dichos órganos la tendría.

En su razonamiento jurídico 0.- razona que su decisión sólo se refiere a la cuestión de competencia por lo que quedan excluidas de la resolución, como taxativamente señala, las materias relativas a la prescripción, a la ley de amnistía o al examen de si los hechos sobre los que se pretendía investigar están indiciariamente acreditados, de estarlo, si son o no presuntamente constitutivos de delito y si hay o no personas presuntamente responsables de ellos.

En el fundamento jurídico 4.- argumenta que el delito cometido constituiría en todo caso un delito de rebelión que no es de competencia de la Audiencia Nacional -debe aclararse que la Audiencia Nacional está compuesta por Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal- y, por ende, tampoco de sus Juzgados de Instrucción, en este caso el nº5 que incoó las diligencias y, en el fundamento jurídico 5.-, que aun prescindiendo del anterior razonamiento tampoco es competente la Audiencia Nacional “... porque la responsabilidad criminal de las personas presuntamente responsables es inexigible a la fecha de incoación de las

diligencias por estar todos premuertos, de modo que no hubo causa penal contra ellos en momento alguno”. Se refiere a los altos dirigentes del golpe militar, como responsables de un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno.

Esta resolución contó con un voto particular concurrente con la decisión mayoritaria -del magistrado D. Javier Martínez Lázaro- y con tres votos particulares en discrepancia -de los magistrados D. José Ricardo de Prada Solaesa, Dña. Clara Bayarri García y D. Ramón Sáez Valcárcel-

•

El primero concluye en que la imposibilidad de continuar el proceso contra Francisco Franco Bahamonde y otros posibles autores fallecidos no implica la ausencia de toda tutela judicial de las víctimas, destaca que con independencia de las actuaciones que puedan llevar adelante los juzgados a favor de los cuales se produjo la inhibición no cabe duda del derecho de los perjudicados a que el Estado desarrolle la tarea de descubrimiento de las fosas en las que hubiesen podido producirse las inhumaciones de las personas desaparecidas, entre otros extremos, porque así lo ordena la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como Ley de Recuperación de la Memoria Histórica, y termina señalando que el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración, en caso de producirse, legitimaría a las víctimas e interesados para

impetrar la tutela judicial en el correspondiente procedimiento contencioso administrativo.

Los tres votos que expresan su inconformidad con la resolución fundan su disidencia en múltiples razones. Con profusa cita de normas y jurisprudencia internacionales, regionales y nacionales destacan, entre otras:

1) que los delitos de desaparición forzada de más de 100.000 personas sin dar cuenta de su destino y el secuestro de más de 30.000 niños y la alteración de su estado civil para ocultar su verdadera filiación, son hechos en permanente estado de consumación según el derecho internacional y el derecho interno;

2) que la excepcional gravedad y masividad de los crímenes debe determinar una aplicación de las reglas de competencia favorable a la mayor efectividad de los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico internacional;

3) que sostener que el proceso implicaba la instrucción de una causa general indeterminada significa desconocer la naturaleza de los crímenes de guerra y contra la humanidad caracterizados por su impunidad al ejecutarse en el seno de estructuras organizadas de poder y tratarse de delitos masa;

4) que la Audiencia Nacional es órgano especializado en el derecho penal internacional, se ha ocupado de múltiples casos relacionados con crímenes contra la humanidad y tiene competencia en todo el país;

5) que la Audiencia Nacional es el único órgano judicial del Estado al que le viene atribuida la competencia para conocer de delitos de esta naturaleza, y el único que tiene medios, capacidad técnica y experiencia para llevar a cabo una investigación eficaz y coordinada de los hechos;

6) que la resolución del Tribunal deja al proceso sin sede en la jurisdicción española en cuanto ni el Fiscal ni el auto de la Sala identifican cuál sería el órgano judicial competente;

7) que la investigación a que tienen derecho las víctimas, según el derecho internacional, ha sido clausurada por la resolución de la que disienten;

8) que por ello, se cita literalmente: “Debe tenerse en cuenta que la actitud renuente y claudicante de la jurisdicción española, vista desde una posición internacional, a cumplir sus obligaciones de investigación pronta y eficaz en relación con crímenes que afectan e interesan al conjunto de la humanidad, puede abrir la puerta a la actuación internacionalmente legítima de cualquier otra jurisdicción que

se considere competente, de forma concurrente o complementaria con la española, en la persecución de los crímenes de derecho internacional acaecidos en este país” y, concluye:

9) “... Al clausurar el proceso en su primer momento sin señalar el cauce para la competencia de otro órgano de la jurisdicción no se ha atendido -tras tantos años de silencio e impunidad impuestos- el derecho de acceso a la justicia y a una tutela efectiva de los derechos de los que son portadores las víctimas y sus asociaciones, entre ellos el derecho a una investigación adecuada. Si se hubiera producido una denegación de justicia, ello podría determinar la responsabilidad internacional del Estado Español, y el poder jurisdiccional es Estado y está en condiciones de asumir dicha responsabilidad, según ha declarado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que estableció el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

C) A raíz de las actuaciones iniciadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional el denominado sindicato “Manos Limpias” -al que luego habrían de unirse las organizaciones ultraderechistas “Falange Española y de las Jons”, heredera de quienes cometieron los crímenes investigados, y “Libertad e Identidad”- interpuso querrela contra el titular del Juzgado, el magistrado D. Baltasar Garzón Real, acusándolo de haber cometido el delito de prevaricación previsto

en el art. 446.3º) del Código Penal español que castiga con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 10 a 20 años al juez o magistrado que, a sabiendas, dictare cualquier resolución injusta.

Dicha querrela fue admitida a trámite por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 26 de mayo de 2009 en recurso 20048/2009 que daría origen a una causa especial con el mismo número.

El 3 de febrero de 2010 el Juez instructor en esta causa dictó Auto por el que decidió no hacer lugar a la solicitud de sobreseimiento de la misma planteada por el magistrado imputado, de cuyo extensas consideraciones interesa resaltar, a los efectos que a estas alegaciones importan, los razonamientos contenidos en el Fundamento Jurídico 2.2.D. Estos reproducen sustancialmente los esgrimidos por el fiscal en el recurso de apelación interpuesto ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5. Los títulos que enmarcan a cada uno de ellos son claramente demostrativos de su contenido. Literalmente expresan:

a) “La consideración del contexto como delito de lesa humanidad no autoriza a reavivar una responsabilidad penal ya extinguida por prescripción y amnistía”.

b) “Es manifiestamente irrazonable ignorar la prescripción de los delitos de “detención ilegal sin dar razón del paradero de las víctimas”.

c) ”Es manifiestamente contrario a Derecho no excluir la relevancia penal de los hechos denunciados por la Amnistía establecida en la ley 46/1977, de 15 de octubre”.

d) “La protección de las víctimas constituye un eventual objeto acumulado del proceso penal, pero solamente en la medida que antes exista el objeto penal que justifique su inicio”

El 7 de abril de 2010 dictó Auto por el que resolvió: “ Que ha lugar a proceder contra D. Baltasar Garzón Real por el hecho que dejamos indicado en el último Fundamento Jurídico en cuanto constitutivo del delito de prevaricación, siguiendo el procedimiento por los trámites previstos en los arts. 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

El 11 de mayo de 2010 el instructor de la causa dictó Auto por el que resolvió: “Que procede ordenar y ordeno la apertura de juicio oral en la presente causa contra el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real por los hechos objeto de acusación en cuanto constitutivos del delito de prevaricación definido en el art. 446.3º del Código Penal”.

En la actualidad está pendiente el juicio. En tanto el Juez Garzón lleva suspendido en sus funciones por decisión del Consejo General del Poder Judicial desde el 14 de mayo de 2010. (Se adjuntan todas las resoluciones precedentemente señaladas)

“2. Pendencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la determinación del órgano competente para conocer de los hechos.”

En este apartado del informe la Fiscalía General del Estado señala que no obstante lo anterior resulta de especial importancia, a los efectos de la Comisión Rogatoria, destacar el hecho de que alguno de los juzgados territoriales a cuyo favor se inhibió el Juzgado Central de Instrucción nº 5 rechazaron su competencia entendiendo que la misma corresponde efectivamente a la Audiencia Nacional.

Cita en concreto el Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada de fecha 18 de mayo de 2009, cuya copia acompaña, en el que se plantean distintas cuestiones jurídico procesales, entre otras la tesis, así la denomina, de que cada delito o ataque individual desarrollado en la ejecución de un plan preconcebido y sistemático puede constituir en sí mismo un crimen contra la humanidad y no contra la persona individual y, por tanto, el crimen aislado no puede ser competencia del juzgado del lugar donde se materializó físicamente. De la lectura de este Auto se comprueba que el

Juzgado de Granada rechaza su competencia y afirma la de la Audiencia Nacional en base a los mismos argumentos esgrimidos al respecto por los tres votos disidentes del Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Señala asimismo que la Audiencia Provincial de Vigo (Pontevedra) mediante Auto de 21 de mayo de 2010 resolvió suspender la decisión del recurso de Apelación interpuesto contra el Auto de archivo de la causa por prescripción dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Porriño (Pontevedra) hasta que el Tribunal Supremo resuelva la expresada cuestión de competencia planteada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada.

Omite que el Tribunal Supremo por diligencia de 26 de marzo de 2010 difirió la resolución de dicha cuestión a la resolución del proceso de prevaricación contra el juez Garzón (se acompaña dicha diligencia).

Omite igualmente que, al menos otros dos juzgados se inhibieron de conocer: el Juzgado de Instrucción nº 2 de El Escorial, que por Auto de 2 de julio de 2009 que, sin más, rechazó su competencia y el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, que por Auto de 28 de octubre de 2010 se inhibió a favor del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (Se adjuntan copias de ambas resoluciones).

Como conclusión de este apartado la Fiscalía General del Estado manifiesta que la cuestión relativa a cuál de los órganos judiciales corresponde la competencia para conocer de los hechos se encuentra, en consecuencia, pendiente de la decisión del Tribunal Supremo y, agrega, sin que le sea posible anticipar la fecha en que podría recaer tal resolución.

Han transcurrido en consecuencia más de dos años desde que el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de Granada planteó la cuestión de competencia. La misma no sólo no fue resuelta ni se sabe cuándo podría resolverse sino que, además, e insólitamente, se hace depender su resolución del juicio por prevaricación contra el juez Baltasar Garzón cuando una lógica elemental determina que primero debe resolverse cuál es el juzgado competente para después establecer si el juez procesado tenía o no competencia. Como se ve un auténtico despropósito. Como todo lo relacionado con la pertinaz negativa a investigar crímenes condenados por múltiples instrumentos internacionales y que ofenden a la conciencia universal.

“3. Procedimientos judiciales incoados y archivados.”

Bajo esta rúbrica el Fiscal General del Estado informa que se han incoado veintidós procedimientos penales por parte de los juzgados territoriales que han aceptado su competencia y, a continuación, que en algunos casos los

Juzgados de Instrucción tras haber llevado a cabo las correspondientes investigaciones para determinar la existencia y naturaleza del hecho, así como su calificación jurídico penal, han resuelto archivar los procedimientos decretándose la extinción de la responsabilidad penal de los presuntos responsables por fallecimiento en algunos casos y, en otros, como consecuencia de haberse apreciado prescripción por el transcurso de los plazos legales establecidos para la persecución de los delitos de detención ilegal, homicidio y asesinato por los que fueron incoados, señalando que no le consta que, en ningún caso, la conclusión de la investigación se haya basado en la aplicación de la ley de amnistía de 15 de octubre de 1977 ni de ninguna otra ley de amnistía, gracia o indulto.

A continuación enumera los diecisiete juzgados, de los veintidós que admitieron su competencia, que archivaron las causas por los motivos antes indicados.

En consecuencia hay diecisiete juzgados que acordaron la clausura de toda investigación bien por fallecimiento de los presuntos responsables (sin que se informe quienes serían los mismos, los hechos que se les imputaban, cuando éstos fueron cometidos, cuáles fueron sus víctimas, etc.) o por estimar que estaba prescripta la acción penal respecto de crímenes contra la humanidad, entre ellos los de desaparición forzada de personas y la específica de secuestro, apropiación y sustitución de identidad de niños.

“4. Procedimientos judiciales de investigación en curso.”

Informa el Fiscal General del Estado en este apartado que hay algunos juzgados con procedimientos en curso de tramitación: los cinco restantes de los veintidós que asumieron su competencia.

De ellos, en el instruido por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Carrión de los Condes se está a la espera del resultado de los análisis de muestras biológicas de cinco cadáveres hallados en una fosa común; en el instruido por el Juzgado nº 4 de Palencia se decretó el archivo del procedimiento en virtud del fallecimiento de los presuntos responsables, aunque se encuentra abierta una pieza separada pendiente del resultado de los análisis de ADN para la

Surge de esta parte del informe que ninguno de estos cinco juzgados está llevando a cabo una investigación criminal. Dos de ellos se limitan a la realización de pruebas biológicas sobre cadáveres hallados en fosas comunes; uno a practicar diligencias para determinar la fecha del fallecimiento de otras personas cuyos cuerpos fueron exhumados; otro que se declaró incompetente y, el último, que archivó el procedimiento por prescripción habiéndose suspendido la tramitación y resolución del recurso de apelación interpuesto contra esta decisión a la espera de que el Tribunal Supremo resuelva la cuestión de competencia planteada por el anterior.

“5. Investigaciones del Ministerio Fiscal relativas a la sustracción y desaparición de menores.

Bajo este acápite la Fiscalía General del Estado informa al Juzgado que está realizando investigaciones respecto de una denuncia colectiva inicial de 268 casos de sustracción y desaparición de menores a las que se acumularon con posterioridad otras muchas lo que ha determinado que actualmente existan abiertas en torno a 500 diligencias informativas o de investigación por estos hechos.

Señala que lo manifestado en este apartado guarda relación con lo requerido en la Comisión Rogatoria respecto a la investigación de un plan sistemático para la sustracción de menores y su posterior entrega, con pérdida de su identidad, a

personas diferentes a sus padres biológicos, indicando que se recibió una denuncia el 27 de enero de 2011 relativa a la existencia de una supuesta red de sustracción y compraventa de recién nacidos que habría actuado durante un largo período de tiempo en diversas ciudades, en el cual queda comprendido el lapso temporal a que se refiere la Comisión Rogatoria.

Relata que los menores fueron sustraídos de sus legítimos padres bajo engaño, coacciones o amenazas para ser posteriormente entregados a terceras personas inscribiéndolos como hijos biológicos de estas últimas, previo pago en algunos casos de una cantidad económica, algunos de los cuales, sostiene, pueden estar vinculados con el período y los hechos mencionados en la Comisión Rogatoria. Indica finalmente que se han incoado diligencias de investigación en treinta y ocho órganos del Ministerio Fiscal y concluye señalando que es criterio del mismo, que se rige por el principio de unidad de actuación y por tanto sostiene este criterio en todos los supuestos, que la sustracción de un menor, alterándose su estado civil es constitutivo de un delito de detención ilegal de naturaleza permanente sin que, por tanto, comiencen a computarse los plazos de prescripción en tanto el menor no haya sido devuelto a su entorno familiar o se halle en disposición de poder regresar al mismo.

Este apartado del informe merece varias reflexiones:

En la Comisión Rogatoria se pedía textualmente, en relación con el secuestro de menores, que se informe: “... si se está investigando en ese país la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado ... que propició la desaparición legalizada de menores de edad con pérdida de su identidad, llevados a cabo en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977; debiendo para el caso afirmativo hacer conocer a esta Judicatura la naturaleza y estado procesal actual de las investigaciones, con expresa indicación de los Tribunales actuantes.”

1) Nada dice el informe sobre el plan sistemático a que se refiere la Comisión Rogatoria. Alude a denuncias de sustracción de menores que nada tienen que ver con dicho plan “...de desaparición legalizada de menores de edad...”, como se desprende de su propio relato.

2) Arguye que alguno de los supuestos a que alude pudieran coincidir con el lapso de tiempo a que se refiere el contenido del exhorto diplomático. Es imposible saberlo porque no se informa a qué periodo se contraen las investigaciones que se estarían realizando.

3) Sostiene retóricamente que es su criterio, y el de todas las unidades de la Fiscalía, ya que éstas se rigen por el principio de unidad de actuación, que la sustracción de menores y la alteración de su estado civil son delitos de detención ilegal

de naturaleza permanente y que, en consecuencia, no comienza el cómputo de la prescripción sino cuando el menor recupera su identidad. Criterio opuesto al que sostuvo la Fiscalía en la causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en que propugnó la prescripción respecto de todos los crímenes, incluido el de referencia.

4) No se menciona, finalmente, a ningún Tribunal actuante en la investigación de los hechos, de lo cual se deduce sin dificultad que no existe ninguno.

“6. Procedimientos y resoluciones en aplicación de la Ley de Memoria Histórica.”

En este apartado del informe se señala que, además de la actuación de los juzgados provinciales y de las expresadas investigaciones abiertas en sede del Mº Fiscal, existen en este momento en España otros procedimientos y actuaciones en orden al esclarecimiento de los hechos, al restablecimiento de la memoria histórica y a la recuperación de la dignidad de las víctimas.

Destaca que la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, reconoce, amplía derechos y establece medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura y que, al amparo de la misma, se han declarado ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por

motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la dictadura.

Refiere la supuesta importancia de un decreto de la Fiscalía General, que acompaña, por el cual se acordó reconocer que las dos sentencias a que alude, dictadas en 1939 y 1940 y por las que se condenó a muerte a Lluís Companys, Presidente de la Generalitat de Cataluña, son inexistentes y nulas de pleno derecho, y un pronunciamiento de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que acordó la ilegitimidad y carencia de cualquier vigencia jurídica de la sentencia que en 1940 condenó a muerte al poeta Miguel Hernández (Estas menciones revelan, en todo caso, que la primera iniciativa es la única que puede atribuirse la Fiscalía en relación con crímenes que afectaron a cientos de miles de personas y el pronunciamiento del Tribunal Supremo acordando la carencia de vigencia jurídica de una sentencia de hace 61 años, dictado además respecto de una persona que murió enferma en la cárcel antes de que se cumpliera su sentencia de muerte, es el único blasón que puede ofrecer la justicia española al respecto).

Es de interés destacar las características de la ley a que alude el Fiscal General del Estado, aunque las mismas se deducen de lo que se señala en el propio informe. Se trata de una ley cuyo objeto es el reconocimiento público a quienes padecieron y enfrentaron a la dictadura, el fomento de la memoria, el otorgamiento de reparaciones económicas a las víctimas, la declaración de la injusticia radical de las condenas, sanciones y

cualesquiera forma de violencia personal producida por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa sufridas durante la guerra civil y la dictadura y la declaración de la ilegitimidad de los órganos judiciales y administrativos que impusieron aquellas, la intervención de las Administraciones Públicas en actividades de localización de fosas e identificación de cuerpos, la concesión de la nacionalidad española en determinados supuestos, la creación de un Centro Documental de la Memoria histórica y la derogación de distintas leyes y decretos dictados por la dictadura.

No se prevé ninguna medida, en esta norma ni en ninguna otra, destinada a la investigación de los crímenes; ninguna para facilitar el conocimiento de los responsables de cientos de miles de asesinatos, torturas, desapariciones forzadas; ninguna para promover la búsqueda y restitución de identidad de decenas de miles de niños secuestrados; ninguna para la averiguación del despojo que sufrieron las víctimas y el correlativo enriquecimiento ilícito de sus victimarios; ninguna, en fin, para que se conozca en toda su extensión y profundidad lo sucedido durante cuarenta años de dictadura.

En definitiva, en España no sólo está paralizada la actuación de la justicia en relación con uno de los más grandes genocidios de la historia, también la investigación de la verdad.

“7. Inexistencia de denuncia ante el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial de España de los hechos concretos que se mencionan en la Comisión Rogatoria”

Bajo este epígrafe el informe indica que no le consta que los hechos que dieron origen al procedimiento incoado por el Juzgado a que nos dirigimos hayan sido denunciados ante el Ministerio Fiscal o los Juzgados o Tribunales españoles cuya jurisdicción es preferente habida cuenta, sostiene, de las normas que rigen en materia de Jurisdicción Universal, teniendo carácter subsidiario el de la Jurisdicción de otro Estado, afirma asimismo en correspondencia con lo anterior.

A esta última argumentación se referirá extensamente esta parte en otro lugar del presente escrito.

Valga por ahora decir que las decisiones adoptadas por las más altas instancias de la administración de justicia española, paralizando toda investigación y sometiendo a proceso al juez que las inició, así como las de archivo de las causas por parte de los juzgados inferiores, disuadieron de actuar ante la misma a algunos de los querellantes particulares en la presente causa. Optaron legítimamente por ejercer la acción penal, en virtud del principio de jurisdicción universal, ante unos juzgados y tribunales con comprobado compromiso y determinación en la protección de los derechos humanos y la persecución de responsables de crímenes contra la humanidad, como son los de la jurisdicción penal argentina.

De otro lado, es querellante en la presente causa la “Asociación de Recuperación de la Memoria Histórica” de España. Esta Asociación, a través de sus distintas filiales en el Estado Español, interpuso denuncias y querellas tanto ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional -como consta en el Auto de 16 de octubre de 2008 dictado en las diligencias previas del procedimiento abreviado 399/2006 y en el de 18 de noviembre de 2008 emitido en el sumario 53/2008 E- como ante distintos juzgados territoriales. En todas ellas se les ha denegado justicia. A través de falaces e insostenibles argumentos - incompetencia de los tribunales, prescripción de la acción penal, irretroactividad de la ley penal más desfavorable, vigencia de la ley de amnistía, inexistencia de objeto penal, etc.- se han clausurado las investigaciones que esta Asociación, junto a muchas otras e infinidad de víctimas, impulsaron ante las autoridades judiciales españolas. Por tanto, aun si se considerara a título de mera hipótesis que el principio de territorialidad es prevalente en materia de justicia universal, y subsidiaria la actuación de los tribunales de Estados distintos a aquel en se cometieron los crímenes, resulta ampliamente acreditado que los querellantes plantearon ante los tribunales españoles sus demandas sin que estas fueran atendidas y no tuvieron más opción que recurrir al ejercicio de la jurisdicción universal, en este caso a través de la jurisdicción de nuestro país.

Es interés y derecho de toda víctima, de cualquier delito, que los tribunales del lugar donde éste ocurrió actúen en la

averiguación de la verdad y en la identificación y castigo de sus responsables. Cuanto más si se trata de los crímenes que estamos tratando. Si no lo hacen es porque no encuentran amparo en aquellos. Este es el caso. Todos los acusadores privados en la presente causa, incluidas las organizaciones sociales y organismos de derechos humanos, también querellantes, aspiran a que actúen los tribunales españoles y lo hagan conforme a los cánones que al respecto establece el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la identificación, persecución, aprehensión y castigo de los responsables de crímenes contra la humanidad. En tanto, y hasta tanto ello ocurra, persistirán en el impulso de la presente querrela. Y la actuación del juzgado al que nos dirigimos, que actúa en nombre y representación de la comunidad internacional, será imprescindible para llevar justicia y reparación a las víctimas.

En este contexto, tampoco se informa sobre la demanda N° 37853/10, presentada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ampliada el 12 de julio de 2011. En esta demanda, los recurrentes, reconocidos como partes acusadoras en las Diligencias Previas N° 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción n° 5 de la Audiencia Nacional sobre actos de genocidio y lesa humanidad impunes en España, plantean una cuestión de interés general -el sistema y la práctica jurídica del Reino de España en cuanto a la impunidad de dichos crímenes, en manifiesta infracción del CEDH- y, también, de interés personal en tanto que

víctimas directas o sucesores de éstas. Se acompaña copia de la demanda y su ampliación.

Tras el análisis de los distintos apartados que contiene el informe de la Fiscalía General del Estado de España resta el de sus conclusiones. A tal efecto se transcribirán las mismas y se procederá a contestarlas:

“III. Conclusiones”

1. En España se han tramitado y se están tramitando en la actualidad numerosos procedimientos judiciales relativos a hechos delictivos cometidos durante la guerra civil española y la posterior dictadura, tanto en relación con la eliminación física de los ciudadanos partidarios de la República y de la forma democrática de gobierno, como de la desaparición de menores, a los que se refiere la Comisión Rogatoria procedente del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de la República Argentina.

Se ha acreditado largamente en el presente escrito la falacia de esta afirmación. La omisión de las diversas actuaciones que se fueron sucediendo a partir del inicio del proceso ante el Juzgado Central de Instrucción n° 5 de la Audiencia Nacional en el año 2006 hasta la fecha es un claro ejemplo. Como hemos señalado “ut supra”, se omite mencionar: 1) los recursos de la fiscalía contrarios a la prosecución de la causa abierta por el Juez Garzón y

los argumentos con que se opuso a la continuación de la misma, 2) la resolución adoptada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 2 de diciembre de 2008, que declara nulo y sin efectos el auto de 18 de noviembre de 2008 en donde el Juez se inhibe a favor de los Juzgados territoriales y 3) el procesamiento y sometimiento a juicio del juez instructor por parte del Tribunal Supremo, acusado de un delito de prevaricación debido a la apertura de la mencionada causa.

La admisión de la querrela contra el mencionado juez y su procesamiento por estimárselo indiciariamente culpable del delito de prevaricación, constituye un manifiesto atentado a la independencia del poder judicial y ello, unido a los variados y pueriles argumentos utilizados por las más instancias de la justicia española para eximir de responsabilidad penal a los criminales, produce un efecto devastador y disuasorio sobre las decisiones de los tribunales inferiores.

2. En concreto, el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional incoó un procedimiento por estos hechos, habiendo acordado su titular, Ilmo. Baltasar Garzón Real, mediante Auto de 18 de noviembre de 2008, la inhibición de la causa a los Juzgados territorialmente competentes para conocer de cada uno de los presuntos delitos cometidos.

Respecto a la inhibición a la que se hace referencia en esta conclusión, cabe recordar que el Magistrado Instructor del

Tribunal Supremo, en la causa por el mencionado proceso por prevaricación contra el Juez B. Garzón, Luciano Varela, en el ya mencionado auto de 3 de febrero de 2010, considera “jurídicamente improcedente la inhibición a favor de otros Juzgados para que éstos investigaran delitos prescritos y amnistiados”. Y más adelante, en el mismo auto reafirma: “Tampoco era jurídicamente procedente la inhibición a favor de otros Juzgados para que éstos investigaran delitos prescritos y amnistiados”. No es sorprendente por lo tanto la actitud seguida por los juzgados locales de archivo de las causas.

Es decir, en su respuesta a la Justicia argentina, la Fiscalía se remite a procedimientos resultantes de una inhibición calificada como jurídicamente improcedente en la justicia española por parte, nada menos, que de su Tribunal Supremo.

En el momento presente, y a instancia de un Juzgado de Instrucción de Granada, está pendiente de determinarse con carácter definitivo, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la competencia para conocer del procedimiento, y en concreto de las desapariciones forzadas de personas, en atención a su consideración, dadas las circunstancias en que se produjeron – en ejecución de un plan sistemático y deliberado – como crímenes contra la Humanidad.

El Juzgado de Granada que aquí se menciona, es uno de los dos cuyos procedimientos están suspendidos en espera de la resolución del Tribunal Supremo sobre la cuestión de competencia. Sin embargo, la resolución esperada se sub()-2mba o.

del proceso de prevaricación abierto contra el juez Garzón como ya se ha dicho. Es indispensable tener en cuenta que dicho proceso ha sido abierto precisamente por considerarse que al declararse competente para entender de los hechos mencionados incurría en prevaricación. No obstante, puede conocerse la postura del Tribunal Supremo, expresada en el ya referido Auto de 7 de abril de 2010, a través del Magistrado Instructor, Luciano Varela Castro, por el que se imputa delito de prevaricación. En dicho Auto se dice que el juez Baltasar Garzón ha procedido en el marco de un proceso penal “cuya artificiosa incoación suponía desconocer principios esenciales del Estado de Derecho, como los de legalidad penal e irretroactividad de la ley penal desfavorable, además de implicar el desconocimiento objetivo de leyes democráticamente aprobadas, como la ley de amnistía 46/1977”. Resulta paradójico que el Fiscal remita a las actuaciones resultantes de un proceso objeto de las consideraciones citadas.

Es pertinente citar al respecto un párrafo de un texto del juez Ramón Sáez Valcárcel, uno de los magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que abogó por la continuación de las investigaciones:

“Incluso, los conflictos planteados por varios jueces de instrucción que estimaron que la competencia debía fijarse a favor de la Audiencia Nacional -que se tramitan sin posibilidad de intervención de las víctimas personadas en la causa original- han sido suspendidos y pospuestos a la “gran” decisión de si el juez

Garzón había prevaricado, bajo la excusa de que la jurisdicción debe analizarse primero; la hipótesis que sustenta la suspensión es devastadora para las expectativas de las víctimas porque anticipa la impunidad definitiva: la jurisdicción española no puede conocer de los crímenes del franquismo porque ya habrían prescrito o se habrían extinguido a consecuencia de la amnistía; cualquier proceso que se abriera sería constitutivo de delito de prevaricación. Es decir, no sólo se impide la investigación, se criminaliza todo acto procesal que atienda a las demandas de las víctimas”.¹

3. Sin perjuicio de ello, a partir de la citada resolución judicial en numerosos casos se han incoado procedimientos judiciales por parte de los respectivos Juzgados de Instrucción competentes por razón de lugar de perpetración del delito, que, tras investigar la existencia de los hechos concretos que habían tenido lugar dentro de ese ámbito territorial, han concluido con resoluciones jurídicamente fundadas de archivo, ya sea por falta de indicios suficientes acerca de la existencia o la naturaleza del hecho, ya sea por extinción de la responsabilidad penal de los presuntos autores, debida a su propio fallecimiento o al transcurso de prescripción de los delitos.

¹ R. Sáez Valcarcel, “Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo”, *Mientras tanto*, nº. 114, otoño/invierno 2010, pp. 41 a 72.

Nos remitimos a lo expresado en los párrafos pertinentes del presente escrito, en los que se indica que la gran mayoría (17 de 22) de los juzgados territoriales archivaron los procedimientos. Las motivaciones de dichas actuaciones conducentes al archivo se sustentan en la consideración de los hechos como delitos de detención ilegal, homicidio y asesinato, es decir, como delitos comunes, no calificándoselos como genocidio ni como delitos de lesa humanidad, conforme a la realidad de los hechos y los términos de la querrela que hemos presentado ante este Tribunal, como lo demuestra el hecho de que se haya tenido en cuenta el “transcurso de prescripción de los delitos”. Con respecto a este párrafo de las Conclusiones, cabe recordar que en tres de los procedimientos en curso en los cinco juzgados restantes no se está llevando a cabo una investigación criminal, sino diligencias encaminadas a determinar identificación de cadáveres o fechas de fallecimiento.

No consta a esta Fiscalía General del Estado que en ninguno de estos casos se haya aplicado la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 ni ninguna otra clase de medida de gracia o indulto.

La no aplicación de la Ley de Amnistía en estos casos obedece a la alegación de otras motivaciones, como la prescripción o la extinción de la responsabilidad penal. No es reflejo de una actitud general de la justicia española respecto a los efectos de la citada Ley. Señalamos al respecto la extensa argumentación que se

expone sobre la aplicabilidad de la Ley de Amnistía a los delitos en cuestión en el Auto del Magistrado Instructor L. Varela, de 3 de febrero de 2010, en la sección C, cuyo epígrafe dice: “*Es manifiestamente contrario a Derecho no excluir la relevancia penal de los hechos denunciados por la Amnistía establecida en la ley 46/1977, de 15 de octubre*”. Paralelamente, merece la pena señalar que en el desarrollo del argumento a favor de la aplicabilidad de la Ley de Amnistía se admite “que los hechos que se toman en consideración (se refiere al auto del Juez B. Garzón de octubre de 2008) *son precisamente los cometidos como consecuencia de la existencia de un plan de exterminio del adversario político*” (las cursivas son del original). Es decir, se considera que el plan de exterminio ha sido objeto de amnistía.

4. Existen, por el contrario, otros procedimientos judiciales que permanecen abiertos, enumerados en el cuerpo del presente informe, en los que en el momento actual se continúan investigando hechos delictivos, como homicidios y desapariciones forzadas de personas, presuntamente llevados a cabo en ejecución del plan de persecución y eliminación que se mencionaba en el Auto de 18 de noviembre del Juzgado Central de Instrucción nº 5.

Nos remitimos a las palabras contenidas en el Auto del Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, del 3 de febrero de 2010: “La eventual intervención de Juzgados de las circunscripciones en que pudieran localizarse aquellas fosas -único

criterio asumido para decidir la inhibición- no ha de ser sin embargo equiparable a la que indebidamente inició el Juzgado por orden del querellado. Porque no se trata de seguir causa penal *para* localizar vestigios de un delito prescrito y amnistiado. Se trataría de incoar un procedimiento *porque* ha sido localizado un vestigio y solamente en la medida en que existan razones para no excluir un delito diverso de aquel prescrito y amnistiado.”

Es decir, como lo reconoce el texto que acabamos de citar, no se trata de procedimientos penales, como ya lo hemos señalado en la presente comunicación cuando decimos: “ninguno de estos cinco juzgados está llevando a cabo una investigación criminal. Dos de ellos se limitan a la realización de pruebas biológicas sobre cadáveres hallados en fosas comunes; uno a practicar diligencias para determinar la fecha del fallecimiento de otras personas; otro que se declaró incompetente y, el último, que archivó el procedimiento por prescripción habiéndose suspendido la tramitación y resolución del recurso de apelación interpuesto contra esta decisión a la espera de que el Tribunal Supremo resuelva la cuestión de competencia planteada por el anterior”.

Por otra parte, no deja de resultar sorprendente la referencia al Auto de 18 de noviembre del Juzgado Central de Instrucción nº 5, cuando dicho Auto ha sido declarado nulo por la Audiencia Nacional, mediante Resolución de 2 de diciembre de 2008.

5. El Ministerio Fiscal investiga asimismo en la actualidad un importante número de supuestos de sustracciones o entregas ilegales de menores a personas distintas de sus padres, que incluyen hechos producidos en el período temporal y en las circunstancias que se mencionan en la Comisión Rogatoria. En los supuestos en que se acredita la sustracción no consentida del menor el hecho es calificado como detención ilegal y se considera un delito permanente cuya ejecución no concluye hasta que se produce o se hace posible el reintegro de la persona sustraída a dicho entorno familiar.

Respecto de la aplicabilidad a la detención ilegal de las características que en el derecho penal internacional se atribuyen a la desaparición forzada, conforme a los términos de la conclusión citada *supra*, “un delito permanente cuya ejecución no concluye hasta que se produce o se hace posible el reintegro de la persona sustraída a dicho entorno familiar”, no es ésta la postura sostenida en las actuaciones que se siguen contra el Juez B. Garzón, como lo demuestran los siguientes párrafos del Auto de 3 de febrero de 2010 citado: “La transmutación del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero en el delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad, no solo es jurídicamente inaceptable y ajena a cualquier interpretación usual, sino irrelevante a estos efectos de toma en consideración de la prescripción”. “La equiparación de la detención ilegal sin dar razón del paradero con el actual delito del artículo 607 bis.2.6 -desaparición forzada de personas-, busca,

tergiversando las tipificaciones legales, una expansión de la ‘situación ilícita’”. Sin embargo, para nuestra querrela es esencial esta equiparación, dado que se promueve “por los delitos de genocidio y/o de lesa humanidad”. El Juzgado a que nos dirigimos no solicitó información sobre delitos aislados de detención ilegal, sino sobre esos delitos cometidos con las características que el derecho penal internacional atribuye a los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, a las que nos referiremos más detalladamente *infra*.

En cuanto a la investigación que lleva a cabo el Ministerio Fiscal, nos remitimos aquí a lo dicho en la presente comunicación con respecto al mismo tema, es decir que “no se menciona...a ningún Tribunal actuante en la investigación de los hechos de lo cual se deduce sin dificultad que no existe ninguno.”

6. Además de los procedimientos de investigación incoados y desarrollados en el ámbito estrictamente penal por las Autoridades Judiciales competentes y por el Ministerio Fiscal, en aplicación de la denominada Ley de Memoria Histórica se han declarado ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o

intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución.

No consideramos pertinente a la información solicitada las referencias que se hacen en esta conclusión en relación con la Ley de Memoria Histórica, habida cuenta de que, como se reconoce en el mismo texto, se trata de cuestiones planteadas “[a]demás de los procedimientos incoados y desarrollados en el ámbito estrictamente penal por las Autoridades Judiciales competentes y por el Ministerio Fiscal”. Como antes decíamos no se prevé en esta Ley ni en ninguna otra, medida alguna destinada a la investigación de los crímenes; ninguna para facilitar el conocimiento de los responsables de cientos de miles de asesinatos, torturas, desapariciones forzadas; ninguna para promover la búsqueda y restitución de identidad de decenas de miles de niños secuestrados; ninguna para la averiguación del despojo que sufrieron las víctimas y el correlativo enriquecimiento ilícito de sus victimarios; ninguna, en fin, para que se conozca en todo su extensión y profundidad lo sucedido durante cuarenta años de dictadura.

7. No consta, en fin, salvo error u omisión, que ninguno de los hechos concretos que se reseñan en la Comisión Rogatoria como denunciados ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de la República Argentina hayan sido denunciados ante el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial del Reino de España, cuya jurisdicción para conocer de ellos, atribuida por el art. 21 y siguientes de la Ley

Orgánica del Poder Judicial, y efectivamente ejercitada en los casos análogos que se enumeran en el presente informe, ha de entenderse preferente y prevalente de acuerdo con las normas que rigen en materia de Derecho Penal Internacional, y en particular con el principio internacionalmente aceptado de la subsidiariedad de la Jurisdicción Universal (v. gr. Art. 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; art. 17.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hecho en Roma el 17 de julio de 1998).

En esta conclusión se plantean dos cuestiones vinculadas: el hecho de que los denunciantes hayan recurrido directamente a la justicia argentina y no a la justicia española, y la consideración de la jurisdicción española como preferente y prevalente de conformidad con el principio de subsidiariedad de la Jurisdicción Universal.

Dando por reproducidas las consideraciones ya formuladas en relación con este aserto comenzaremos por la segunda cuestión, dado que explica la primera.

En efecto, existen varias razones de peso, tanto procesales como políticas, que aconsejan y avalan la preferencia y prevalencia de la investigación de los hechos por parte de los tribunales de los Estados en cuya jurisdicción territorial se comete el delito.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la situación es muy distinta según la naturaleza del delito de que trate. No se pueden, ni se deben, aplicar los mismos criterios jurisdiccionales a un delito común que a crímenes internacionales, entendiéndose por tales en este caso delitos de genocidio y/o de lesa humanidad, que son aquellos a los que se refiere la querrela origen de las presentes actuaciones. En este sentido es esencial recordar los términos en que está formulada la Comisión Rogatoria a la que se ha dado respuesta, según sus propios términos. “..interesando que se informe si se está investigando en nuestro país la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través de su eliminación física...”.

La calificación de los delitos de cuya investigación se trata

La existencia del “plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado” sobre cuya investigación se solicita información está vinculada estrechamente con la calificación jurídica de los delitos de que se trata. Si tenemos presente las definiciones de los crímenes internacionales como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, tipos a los que se refiere concretamente la querrela presentada ante la justicia argentina, encontraremos las características que se asignan al plan mencionado, a saber, “sistemático, generalizado, deliberado y planificado”.

El artículo II de la Convención contra el Genocidio define este delito en los siguientes términos: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados **con la intención** de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal...”(lo destacado es nuestro).

En cuanto a los crímenes de lesa humanidad, sobre los que aún no se ha acordado un instrumento internacional específico, el texto de referencia, en cuanto refleja un consenso de la comunidad internacional al respecto, es el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, y dice lo siguiente:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque **generalizado o sistemático** contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque...” (lo destacado es nuestro).

Es decir, que las dos figuras penales en las que la querrela inscribe los hechos denunciados responden a las características del “plan” sobre cuya investigación se solicita información.

Sin duda los términos que adjetivan al “plan”, sistemático y generalizado, no son superfluos en el derecho penal internacional y han sido objeto en la doctrina de profundas reflexiones. Nos limitaremos a recordar brevemente que dichos

términos cumplen dos objetivos: eliminar conflictos colectivos espontáneos o no controlados, y reflejar la existencia de una acción o política por parte de actores estatales.

Si interpretamos a partir del “sentido corriente” de las palabras (conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), “generalizado o sistemático” caracterizan no sólo la manera en que tiene lugar la victimización sino la naturaleza misma de la conducta y, por lo tanto, refleja la política que llevó a esa victimización. Este elemento constituye el fundamento necesario para llegar hasta los autores de las decisiones y los políticos que pusieron en marcha la comisión de esos crímenes, que son producto de una acción colectiva.

Werle recuerda que en las negociaciones del Estatuto de Roma se acordó desde el principio que los requisitos “generalizado” y “sistemático”, en relación con los crímenes de lesa humanidad, debían tener cabida en el tipo penal. Se trata de actos de violencia de carácter organizado, lo que excluye la mera coincidencia. Las acciones individuales han de derivar **de un plan previo** o de una política.² Para Kai Ambos “[e]l ataque es sistemático si se basa en una política o un plan que sirva de guía a

² G. Werle, “Tratado de Derecho Penal Internacional”, coordinación M. del M. Díaz Pita, traducción C. Cárdenas Aravena, M. del M. Díaz Pita, M. Gutiérrez Rodríguez, A. Muñoz Aunión, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 363.

los autores individuales respecto al objeto del ataque, es decir, las víctimas específicas”.³

El común denominador de las diversas definiciones de ataque sistemático es que se trata de aquel ataque realizado de conformidad con una **política o plan preconcebido**. Lo que constituye el carácter *sistemático* del ataque es la dirección brindada a los perpetradores individuales hacia el objeto visualizado para el ataque, es decir, el grupo de las víctimas.⁴ En nuestro caso, como se expresa claramente en la Comisión Rogatoria, “españoles partidarios de la forma representativa de gobierno”.

La perspectiva de investigación de delitos de homicidio o detenciones ilegales individualmente considerados y la de investigación de crímenes internacionales, como son los que obedecen a un “plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado”, son muy distintas. En este último caso **no cabe duda alguna de que la respuesta a la Comisión Rogatoria enviada por ese Juzgado debe ser considerada como negativa, dado que nada se dice sobre la concreta investigación de ese plan.**

Con respecto a la jurisdicción

No son únicamente razones de índole práctica las que aconsejan la actuación y preferencia de la jurisdicción territorial. En

³ Kai Ambos, “Temas de derecho penal internacional y europeo”, Marcial Pons, Barcelona, 2006, p. 300.

⁴ Ibidem, p. 188.

efecto, la sociedad del país donde los crímenes se han cometido es la más directamente afectada, tanto si se trata de víctimas individuales como del tejido social herido por el trauma que causan en toda comunidad ese tipo de crímenes. Lo ideal sería que los crímenes fuesen juzgados por los tribunales del mismo Estado en que los delitos se han perpetrado.

No obstante, es indudable que a efectos de determinar la jurisdicción deben tenerse en cuenta las características que hemos señalado de los crímenes internacionales y que los distinguen de los tipificados en los ámbitos nacionales. La sistematicidad, generalidad y la escala en que se cometen los crímenes internacionales exigen la utilización de instituciones, estructuras, recursos y personal del gobierno. Es lo que la doctrina ha denominado “acción o política del Estado” (también “el elemento internacional”)⁵.

Normalmente este factor va acompañado de la renuencia del Estado o del sistema penal nacional para perseguir judicialmente esos crímenes (aunque haya transcurrido mucho tiempo desde su perpetración y el régimen de gobierno sea otro, con frecuencia prevalecen sobre la necesidad de hacer justicia razones de índole política).

De ello se deduce claramente que no puede quedar librado a la voluntad y disponibilidad del Estado del territorio el enjuiciamiento de tales crímenes. A ese respecto se cita en la

⁵ Véanse al respecto, las obras citadas de Bassiouni, Kai Ambos y Werle, entre otros.

querella la Resolución n° 1/03 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Juzgamiento de crímenes internacionales adoptada el 24 de octubre de 2003, que dice: “el principio de la territorialidad debe prevalecer sobre el de la nacionalidad en los casos en que el Estado donde ocurrieron los crímenes internacionales tenga voluntad de llevarlos a juicio y ofrezca las debidas garantías del debido proceso de los presuntos responsables”.

Para verificar la voluntad, disponibilidad y buena fe requeridas en el derecho internacional con respecto al juzgamiento de los crímenes internacionales, se deben tener en cuenta ciertos principios universales, a saber: independencia, eficacia, celeridad e imparcialidad. Hay numerosos fallos al respecto, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana que se refieren a esos principios.⁶

Si recapitulamos los hechos referidos a lo largo del presente escrito, es patente que en España no se está procediendo de acuerdo con estos principios.

Por consiguiente, aun en el caso de que se admitiese el principio de subsidiariedad de la jurisdicción universal con respecto

⁶ Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Finucane vs. Reino Unido*, de 1 de julio de 2003; caso *Hugh Jordan; Kelly y otros; Shanaghan; Mckerr vs. Reino Unido* de 4 de mayo de 2001, *Fatma Kaçar vs. Turquía*, de 15 de julio de 2005; *Isayeva (I) y (II) vs. Rusia*, de 24 de febrero de 2005. La Corte Interamericana de Derecho Humanos ha sentado jurisprudencia en un sentido similar en sus Sentencia en el caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, de 1 de julio de 2006 Serie C n° 148 en 296 y del caso *Masacre de Maripán vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005, Serie C n° 134, párrafo 223;.

a la territorial, es evidente que las actuaciones de la justicia española demuestran acabadamente que dicha jurisdicción no está actuando conforme a las condiciones requeridas por el derecho internacional para que prevalezca sobre las jurisdicciones de otros Estados.

La querrela presentada en Argentina se apoya en el principio de concurrencia de jurisdicciones, considerado propio y connatural al de jurisdicción universal. El derecho internacional positivo prevé un sistema de jurisdicciones concurrentes, como en la querrela se ilustra. No existe ninguna norma que prohíba a los Estados que establecen su jurisdicción penal nacional basándose en los principios de personalidad activa o pasiva, o de universalidad, actuar sobre un asunto del que ya conoce la jurisdicción de otro Estado, especialmente la de aquel en cuyo territorio se cometieron los actos. Esta falta de prohibición fue ya declarada en la Sentencia de fecha 7 de septiembre de 1927 de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto Lotus (Francia v. Turquía). Estableció:

“Sin embargo, no puede deducirse que la ley internacional prohíba a un Estado el ejercicio de la jurisdicción en su propio territorio, con respecto a cualquier caso relacionado con actos que hayan tenido lugar en el exterior y que no puedan contar con alguna ley internacional permisiva (que le permita el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio). (...) **La territorialidad del derecho penal (...) no es un principio**

absoluto de derecho internacional y de ninguna manera coincide con la soberanía territorial.”⁷ (lo destacado es nuestro).

De otro lado, los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, aprobados por la Conferencia Diplomática constituida el 21 de abril de 1949, relativos a crímenes de guerra, establecen claras normas de jurisdicción universal. El artículo 146 del Cuarto obliga a todos los Estados a tomar las medidas legislativas oportunas para determinar las sanciones penales adecuadas por actos que supongan una grave violación del mismo, tal y como se definen en su artículo 147, y a ejercer su jurisdicción cualquiera sea el lugar en que el crimen se cometa.

“Artículo 146 - Sanciones penales. I. Generalidades

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las

⁷ Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Nº 10 de 7 de septiembre de 1927, “Caso Lotus”, pp. 18-20

condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes...”

“Artículo 147 - II. Infracciones graves

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal...”

En igual sentido los artículos concordantes de los otros tres Convenios.

Como se observa, la disposición citada no sólo no establece orden de prioridad entre las distintas formas de jurisdicción, sino que obliga a todas a concurrir en la persecución, y puesta a disposición judicial ante sus propios tribunales, de los responsables de los crímenes que contempla.

Entre otros instrumentos internacionales que se ocupan de la cuestión relativa a las distintas formas de jurisdicción cabe citar la “Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes” aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Su

artículo 5 establece los principios jurisdiccionales del lugar de comisión, nacionalidad activa, nacionalidad pasiva, obligación de juzgar cuando no se otorga la extradición y finalmente, reconoce implícitamente la concurrencia de jurisdicciones dado que “no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”, y ello deja abierta la posibilidad de que haya varias legislaciones nacionales que atribuyan la jurisdicción a sus respectivos tribunales.

En igual sentido el art. 9.3 de la “Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006.

El Derecho Internacional Consuetudinario no reconoce una jerarquía entre los distintos tipos de jurisdicciones anteriormente mencionadas. Por consiguiente, y de acuerdo con el Derecho Internacional, en lo concerniente a investigaciones y enjuiciamiento, un Estado que reconozca y aplique la jurisdicción universal -también llamado tercer Estado- no está obligado a dar prioridad al Estado donde los delitos fueron cometidos.

El Grupo de Expertos Técnicos Ad Hoc sobre el Principio de Jurisdicción Universal citado afirma que **“un Estado, en el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, al investigar y enjuiciar un crimen basado en los principios jurisdiccionales reconocidos, no está violando el Derecho Internacional, incluso**

si dicho crimen es investigado o enjuiciado por las autoridades del Estado donde fue cometido”.⁸

No se puede soslayar que la querrela presentada ante la justicia argentina remite a un fallo del Tribunal Constitucional de España. Este alto Tribunal, en la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2005 en relación con el genocidio cometido en Guatemala, anuló sendas sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que habían establecido criterios restrictivos en la aplicación del principio de jurisdicción universal y se pronunció claramente a favor de la concurrencia de jurisdicciones. No es ocioso reiterar su argumentación:

La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a

⁸ Informe del Grupo de Expertos Técnicos Ad Hoc sobre el Principio de Jurisdicción Universal, 8672/1/09 Rev. 1, Anexo, párrafo 14.

vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005, en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”.

Y asimismo: *el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes.*

Esta consideración relativa al fundamento de la jurisdicción universal permite entrar directamente a ponderar el alcance constitucional, desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, de la resolución del Auto de la Audiencia Nacional, por cuanto **el presupuesto teórico de que parte para fundar la ausencia de jurisdicción, el principio de**

subsidiariedad, parece no ser *prima facie* coincidente con el principio de concurrencia, que este Tribunal ha considerado preferente...”

Esta doctrina se reiteraría en la causa 227/2007, conocida como “Falung Gong”, resuelta por sentencia del mismo Tribunal Constitucional el 22 de octubre de 2007 que declaró la competencia de la jurisdicción española para conocer de los delitos de genocidio y tortura cometidos en la República Popular China.

Es fundamental pues aplicar, y ayudar a consagrar definitivamente, el principio de concurrencia de jurisdicciones cuando se trata de crímenes objeto de justicia universal.

Es sugerente destacar que si la justicia española se estuviera ocupando realmente de la investigación de los crímenes señalados en la Comisión Rogatoria, estaría ella misma ejerciendo jurisdicción universal, aunque se trate de delitos cometidos en su territorio, dado el interés que esos crímenes revisten para la comunidad internacional. Como se pone de relieve en la querrela: “Toda vez que la jurisdicción universal se ejerce en virtud de la naturaleza de los delitos a que se extiende, puede afirmarse que también ejercen jurisdicción universal los juzgados y tribunales del propio país en que se cometió el delito. No sólo actúan porque el crimen se cometió en su propio territorio sino porque el mismo afecta a la comunidad internacional. De ahí el carácter de imprescriptibilidad que, entre otros institutos jurídicos, tienen esos delitos. No sólo, en consecuencia, no es incompatible la jurisdicción

que ejercen los órganos judiciales del país en que se cometieron los delitos con la actuación de tribunales de otros países, sino que ello es lo propio en su persecución – recordemos que, aun cuando se están celebrando múltiples juicios en el país contra los responsables de la última dictadura argentina, siguen abiertos y activos procedimientos en otros países respecto de los mismos.”

Bassiouni afirma que el interés social en la persecución de los graves crímenes contra la humanidad y del genocidio es tan grande que “el tipo de foro jurídico a través del cual se sancionan no deberá tener ninguna consecuencia sobre la meta final que se ha de perseguir.”⁹

Afirma también que el sistema de justicia penal internacional, debe, por lo tanto, ofrecer **una doble vía de acceso a la justicia** en casos que comporten violaciones de normas de ius cogens. Ello no significa que sean los órganos internacionales lo que administren esas dos vías, el sistema de justicia penal internacional debe necesariamente funcionar de manera complementaria con los sistemas nacionales de justicia penal.¹⁰

Cabe también sostener que el ejercicio de la jurisdicción argentina en esta causa se funda en la aplicación del “principio de coherencia”, que implica que un Estado que ha consagrado en su Constitución la validez interna de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y aplica una

⁹ M. Cherif Bassiouni, “Introduction to International Criminal Law”, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, New York, 2003, p. 699.

¹⁰ Ibídem, p. 700.

política criminal de lucha contra la impunidad de las violaciones de esos derechos debe perseguir judicialmente dichas violaciones en ejercicio de la jurisdicción universal.

Concurrencia de jurisdicciones entre tribunales españoles y argentinos

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España dictó sentencia el 9 de abril de 2005 en la causa 139/97 contra el marino argentino Adolfo Scilingo por crímenes cometidos en la Escuela de Mecánica de la Armada durante el año 1977, condenándolo a 640 años de prisión.

Antes de que fuera dictada esta sentencia diversas Cámaras Federales del país habían acordado la reapertura de mega causas en su momento archivadas como consecuencia del dictado de las leyes 23.492 y 23.521, conocidas respectivamente como de punto final y obediencia debida, y ordenado la investigación de los hechos. Entre otras las siguientes:

- reapertura de la causa del Primer Cuerpo de Ejército acordada por el pleno por la Cámara Federal de Buenos Aires el 1 de septiembre de 2003.
- reapertura de la causa ESMA acordada por el mismo pleno en igual fecha.

- reapertura de la causa 44 “Ramón Camps y otros”
por el mismo tribunal el 16 de abril de 2004.

La Procuración General de la Nación – equivalente a la Fiscalía General del Estado de España – había emitido dictámenes considerando nulas las precitadas leyes de impunidad en diversas causas.

Igualmente numerosas resoluciones de Juzgados Federales y Cámaras Federales de Apelación habían declarado la inconstitucionalidad y nulidad radical de las mencionadas leyes de punto final y obediencia debida, y decretado el procesamiento y prisión preventiva de autores de crímenes de igual naturaleza que los que se investigan en las presentes actuaciones.

El Congreso de la Nación había aprobado la ley 25.779 que declaró nulas las mencionadas leyes de impunidad.

Ninguna de estas iniciativas fue obstáculo para la actuación de la justicia española.

Tampoco lo fue para que, tras la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de junio de 2005, por las que se declararon la invalidez e inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida y la validez de la ley 25.779, el Tribunal Supremo de España dictara sentencia el 2 de julio de 2007 en el Recurso de Casación nº 10049/2006 P, interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, elevando a 1.064 años la pena de prisión que ésta impusiera a Scilingo.

En el año 2007 en Argentina había, en relación con los crímenes cometidos por la dictadura, 81 causas elevadas a juicio, 349 procesados y 39 condenados. (“Informe sobre el estado de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidos durante el terrorismo de Estado”, de fecha 29 de diciembre de 2010, de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidos durante el terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación).

Ninguna advertencia, ni queja, ni alegación de que los querellantes contra Scilingo no habían acudido ante la justicia argentina o que los tribunales españoles estaban ejerciendo su jurisdicción respecto de los mismos hechos que se estaban investigando en Argentina, se produjo por parte de autoridad judicial, fiscal o administrativa argentina alguna ante el dictado de las mencionadas resoluciones judiciales españolas.

Antes bien se las apreció como un aporte a la lucha contra la impunidad, un impulso y colaboración con los juicios que en el país se estaban desarrollando y un ejercicio legítimo de la jurisdicción universal que, como ha quedado acreditado, se basaba en el principio de concurrencia de jurisdicciones.

Sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 1 de fecha 17 de mayo de 2011.

Interesa destacar -con la concisión que corresponde a un escrito como el presente, destinado en lo esencial a poner en

evidencia que los hechos a que aluden las querellas no son objeto de investigación penal en España- la doctrina internacional sobre la desaparición forzada de personas y más concretamente la de apropiación de niños, tomando como referencia a tal efecto la reciente sentencia dictada 17 de mayo de 2011 por el Juzgado a que nos dirigimos en la causa 10.706/1977, caratulada “Falco, Luis Antonio; Perrone, Teresa (sobreseída) sobre supresión de estado civil” en cuanto, a través de sus propios razonamientos y los contenidos en la jurisprudencia y doctrina que cita, señala: que es deber de todo Estado la persecución de los responsables del delito independientemente de que el mismo esté previsto como tal en su derecho interno.

En el apartado “Sobre la imprescriptibilidad de la alteración del estado civil y las falsedades ideológicas” la sentencia señala “Coincide esta Magistrado... (en) que no existe ningún obstáculo legal para la persecución de estos delitos, pues la acción penal respecto de los mismos es imprescriptible en virtud de tratarse de crímenes de lesa humanidad. Estas conductas constituyen a la luz del derecho de gentes una desaparición forzada de personas, derecho que es considerado por el ordenamiento jurídico de ius cogens internacional como un crimen contra la humanidad”

Señala después, “ ...nuestro más alto Tribunal ha aplicado, desde sus albores, el derecho de gentes en numerosos casos que le ha tocado resolver, interpretando la regla contenida en el art. 118 conforme ha ido evolucionando en el tiempo; es decir, de

acuerdo con el grado de desarrollo que presentan sus postulados a la hora de resolver las cuestiones sometidas a juzgamiento (fallos diversos y causa Arancibia Clavel, Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de libertad, etc. – causa nº 17.768, sentencia del 14 de junio de 2005).

Corresponde caracterizar el caso como crimen contra el derecho internacional (más específicamente como crimen contra la humanidad) y desde esta perspectiva, los hechos delictivos que forman parte de esta causa deben ser considerados parte sustancial de un hecho de desaparición forzada de personas, llevada a cabo en el contexto de un ataque sistemático y generalizado perpetrado por el Estado contra una población civil (cf. Dictámenes de la Procuración General de la Nación en las causas Videla, Jorge R. s/nulidad y apelación de la prisión preventiva, del 23 de agosto de 2.001; Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad de 5 de mayo de 2005 en causa antes citada; Gualtieri Rugone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años – causa nº 46/85)”

Estas actuaciones, y otras muchas llevadas adelante en otros tribunales argentinos en distintas etapas de la historia nacional reciente, no impidieron que, en ejercicio del principio de jurisdicción universal, actuaran los tribunales españoles en relación con los crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país como se ha señalado en el apartado precedente.

Tras 40 años de dictadura y 35 de democracia, en España no sólo no existe siquiera una Comisión de la Verdad a modo de las que se instituyeron en numerosos países, incluido el nuestro, no hay un solo niño a quien se haya restituido su identidad; un solo victimario que haya sido identificado; uno solo siquiera a la que un juzgado le haya tomado declaración; un sólo imputado por la comisión de alguno al menos de los múltiples, masivos, generalizados crímenes cometidos.

El informe que ha remitido la Fiscalía General del Estado de España a este Juzgado, aun con la manifiesta intención de inducir a engaño a V.S. con las reiteradas y mendaces afirmaciones de que en ese país se están investigando los crímenes no hace más que poner de manifiesto esta realidad lacerante.

Por último, otra circunstancia que corrobora la falta de interés o la imposibilidad de investigar por parte del Estado español los delitos por los que aquí se querrela, es que con fecha 19 de julio de 2011, el Congreso español rechazó una propuesta del Bloque Nacionalista Gallego que pretendía modificar la ley de amnistía española de 1977 para posibilitar la investigación de los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura franquista. Se acompaña recorte periodístico de Página 12 de fecha 20/07/2011.

Por las razones expuestas, queda claro que ningún órgano del Estado español tiene intención de investigar y juzgar los crímenes aquí denunciados.

Por ello, corresponde que la jurisdicción argentina, a través del Juzgado a cargo de V.S., investigue los crímenes contra la humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, en caso de ser identificados llame a prestar declaración indagatoria, procese y someta a juicio a sus responsables, investigue la verdad de lo ocurrido y, en definitiva, repare a las víctimas de tanto crimen impune.

II.- A dichos fines, solicitamos a V.S. la adopción de las siguientes medidas de prueba:

INFORMATIVA:

1. Se requiera, mediante exhorto por vía diplomática, en conformidad con el Convenio bilateral de asistencia en materia penal entre Argentina y España, al Gobierno de España para que recabe de los organismos competentes información sobre los nombres y último domicilio conocido de los miembros de los Consejos de Ministros de los Gobiernos del Estado Español que desarrollaron sus funciones entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, fecha de las primeras elecciones parlamentarias pluralistas desde 1936, y certificación de los que hayan fallecido, y los remita a este Juzgado Federal.

2. Idem sobre los mandos de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Policía Armada, Directores Generales de Seguridad y dirigentes de Falange Española en el periodo antes indicado.

3. Idem sobre el número de personas desaparecidas, interesando que, en la medida de lo posible, se identifiquen con sus nombres y apellidos y la fecha y lugar de su desaparición.

4. Idem sobre las personas asesinadas, así como las torturadas por motivos de persecución política que sobrevivieron a las torturas.

5. Idem sobre los niños sustraídos a sus familias de origen, apropiados y con su identidad sustituida por familias afectas a la Dictadura.

6. Idem sobre la localización de las fosas comunes que han sido halladas en distintos lugares del Estado Español, con señalamiento de los cuerpos que han sido identificados hasta la fecha.

7. Idem sobre la lista de empresas privadas beneficiadas del trabajo forzado y esclavo de los presos republicanos, que aún siguen activas. Dicha lista obra en el Archivo General de Cuentas del Estado Español.

8. Idem para que, por el Tribunal que corresponda, se requiera al Ayuntamiento de Córdoba para que remita la documentación obrante en los Archivos Municipales sobre el cementerio de la Salud de Córdoba, planos del cementerio, mapa de fosas, actas capitulares y demás informaciones sobre la ubicación de la denominada Zanja Z, Caja B. Que, igualmente, se requiera a la Prisión Provincial de Córdoba para que localice y remita los expedientes obrantes en la misma relativos a los diputados Luis Dorado Luque y Antonio Acuña Carballar y en el mismo sentido, se

requiera al Ministerio de Justicia para que remita los expedientes judiciales referidos a los mismos.

9. Idem para que, por el Tribunal que corresponda con jurisdicción en el lugar, se requiera a la Junta de Extremadura, Diputación de Badajoz, Universidad de Extremadura y Ayuntamiento de Mérida para que aporten información de las exhumaciones practicadas en el territorio de dicha Comunidad Autónoma.

10. Idem al Juzgado Decano de los de Málaga para que informe si se han abierto diligencias por las exhumaciones practicadas en el antiguo cementerio de San Rafael, de Málaga, requiriendo a la Junta de Andalucía, Ayuntamiento y Universidad de Málaga para que informen sobre las mismas;

11. Se requiera, por la misma vía, al Tribunal que corresponda a la jurisdicción de los diversos órganos periodísticos que surgen de los recortes indicados en 1.4. de la querrela para que certifiquen su autenticidad;

12. Idem al Tribunal que corresponda con jurisdicción en los lugares en que, conforme a lo reseñado en el Exp. se ha denunciado la existencia de fosas comunes que pertenecerían a personas víctimas de ejecuciones sumarias y/o desapariciones forzadas, a fin de que se realicen las exhumaciones correspondientes, con intervención de los antropólogos forenses y bajo control judicial.

* Respecto del querellante **Darío Rivas Cando** solicitamos se informe lo siguiente:

1) el nombre y la supervivencia en la actualidad y demás datos personales del Gobernador Militar de la Plaza de Lugo que con fecha 29 de Octubre de 1936 ordenó la libertad del padre del querellante, Severino Rivas Barja;

2) la supervivencia en la actualidad y demás datos personales del encargado de Falange Española en Lugo. Nos referimos al Sr. Andrés López;

3) idem de los miembros de la Guardia Civil que con fecha 29 de julio de 1936 se presentaron en las dependencias municipales de Castro de Rei para destituir y detener al alcalde Severino Rivas, junto a los demás miembros de la corporación municipal, cumpliendo una orden de Falange Española;

* Respecto de la querellante **Inés García Holgado** solicitamos se informe lo siguiente:

1) los nombres y la supervivencia en la actualidad y demás datos personales de quienes detuvieron y torturaron a **Luis García Holgado** en la cárcel de Hervás, Provincia de Cáceres;

2) idem de las personas que fusilaron a **Luis García Holgado** el día 21 de Septiembre de 1936 en la carretera de Baños de Montemayor en la curva del cementerio;

3) la supervivencia en la actualidad y demás datos personales de los jueces que dictaron la sentencia de muerte en el Consejo de Guerra Sumarísimo celebrado en la Plaza de Salamanca (en la que fue condenado a muerte y luego fusilado **Elías García Holgado**). Nos referimos a los jueces: el Teniente Coronel de Caballería Miguel Pérez Lucas, el Capitán de Infantería Juan Hernández Sánchez, el Capitán de Caballería Saturnino Pérez Nieto, el Capitán de Artillería Francisco Ávila Díaz, el Capitán de Infantería Castor Moro Franco.

4) idem de las personas que fusilaron a **Elías García Holgado** el día 5 de Julio de 1937 en el sitio denominado “Campo del Marín”, Salamanca.

* Respecto de la querellante **Silvia Carretero Moreno** solicitamos se informe lo siguiente:

1) la supervivencia en la actualidad y demás datos personales de quienes la detuvieron y torturaron: Comisario Conesa, José Antonio González Pacheco (apodado Billy el Niño), Capitán de Tierra Pérez de Bethencourt y el Teniente Coronel Agustín Puebla;

2) idem de los jueces que dictaron las sentencias de muerte en los Consejos de Guerra sumarísimos celebrados en Burgos (en el que fue condenado a muerte y luego fusilado Ángel Olaegui), Barcelona (en el que fue condenado a muerte y luego

fusilado Juan Pardes Manot) y Madrid (en los que fueron condenados a muerte y luego fusilados José Humberto Baena, José Luis Sánchez Bravo -esposo de Silvia Carretero- y Ramón García Sanz).

3) idem de los que se presentaron como voluntarios para los fusilamientos (cada uno de ellos fue fusilado por pelotones integrados por diez guardias civiles o policías, un sargento y un teniente).

4) idem de los miembros del Consejo de Ministros presidido por Franco el 26 de septiembre (que dieron su conformidad con las ejecuciones al negar el indulto y conmutación de penas que si otorgaron a otros seis condenados a muerte).

* Respecto del querellante **Críspulo Nieto Cicuéndez** solicitamos se informe lo siguiente:

1) la supervivencia en la actualidad y demás datos personales de los jueces que dictaron la sentencia de muerte en el Consejo de Guerra Permanente N° 7 celebrado en la Plaza de Quintanar de la Orden (en la que fueron condenados a muerte y luego fusilados Críspulo Nieto Sepúlveda y Gumersindo Cicuendez Bustos, padre y tío, respectivamente, del querellante). Nos referimos a los jueces Leandro López de Vicuña Martínez, Enrique Méndez Iglesias, Julián Rubio Cayo, Francisco Álvarez y Vidal Morales.

2) idem de las personas que los fusilaron en la ciudad de Ocaña;

* Respecto del querellante **Eugenio Emilio Gómez San Juan** solicitamos se informe lo siguiente:

1) la supervivencia en la actualidad y demás datos personales de los jueces que dictaron la sentencia de 20 años de prisión en el Consejo de Guerra ordinario celebrado en la Plaza de Salamanca (en la que fue condenado a 20 años de prisión y luego, a los siete meses de prisión, falleciera el abuelo del querellante, Juan de San Juan Marcos, a consecuencia de tuberculosis pulmonar). Nos referimos a los jueces Fermín Casas Arrugas, Guillermo Gil de Reboleño, Juan Sánchez Sánchez, Laureano Sánchez Ribero, Francisco Rodríguez Griñón, Mariano Gómez Herrero, Casto Moro Franco.

III.- CONSTATACIÓN

Asimismo, solicitamos que se arbitren las diligencias pertinentes tendientes a que V.S. viaje a España, a los fines de constatar y recibir testimonios, denuncias y querellas de todas aquellas personas que se presenten como víctimas de los crímenes aquí denunciados, pudiendo desarrollarse tal medida en la Embajada Argentina en Madrid, durante el lapso de tiempo que V.S. estime conveniente.

Esta parte se ofrece a organizar y confeccionar el listado de las personas que declararían así como los puntos sobre los que serían interrogados.

IV.- PETITORIO

Por todo lo expuesto, a V.S. solicitamos:

1) Que se investiguen los crímenes contra la humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977. En caso de ser identificados, llame a prestar declaración indagatoria, procese y someta a juicio a sus responsables;

2) Se haga lugar a las diligencias de prueba solicitadas;

3) Se arbitren las diligencias pertinentes tendientes a que V.S. viaje a España a los fines solicitados en el acápite III.

Proveer de conformidad que,

SERÁ JUSTICIA