

Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 4ª, Auto 601/2023 de 13 Nov. 2023, Rec. 557/2023

Ponente: Martel Rivero, Juan Francisco.

Nº de Auto: 601/2023

Nº de Recurso: 557/2023

Jurisdicción: PENAL

ECLI: ES:AN:2023:11138A

24 min

Es inadmisibile la querella por delito de lesa humanidad contra la cúpula de ETA al haber prescrito el asesinato terrorista antes de la aprobación de su imprescriptibilidad

DELITO DE LESA HUMANIDAD. Inadmisión de querella por prescripción del delito. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Imposibilidad de punición por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley anterior a la comisión de los hechos. Exigencia de lex previa, stricta, scripta y certa. IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES NO FAVORABLES. En el momento de entrada en vigor de la reforma penal, el delito por el cual se formula querella ya había alcanzado los veinte años de prescripción, por lo que no cabe la reapertura de plazos de prescripción ya vencidos. Únicamente procede en el supuesto en el que en el momento de entrada en vigor del nuevo plazo de prescripción, el plazo anterior no hubiera fenecido, tal y establece el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 14-06-2006. PRESCRIPCIÓN. Posibilidad de apreciar la misma, ab initio, en el supuesto de que la cuestión aparece tan clara que de mode evidente y sin dejar duda alguna puede afirmarse sin necesidad de celebración de juicio oral, que ha transcurrido el plazo legal para su apreciación. Doctrina jurisprudencial. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y confirma la inadmisión de la querella presentada por delito de lesa humanidad, por prescripción del delito.

TEXTO

AUD.NACIONAL SALA PENAL SEION4

MADRIDAUTO: 00601/2023

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN 4ª

ROLLO DE APELACIÓN Nº 557/23

DILIGENCIAS PREVIAS N° 97/23

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N° 5

N.I.G.: 28079 27 2 2023 0002553

AUTO 601/2023

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DÑA. ÁNGELA MARÍA MURILLO BORDALLO (Presidente)

DON JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO (Ponente)

DON FERMÍN JAVIER ECHARRI CASI

En Madrid, a trece de noviembre de dos mil veintitrés.

Dada cuenta, y atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora D^a Mónica Liceras Vallina, en nombre y representación de la querellante **Asociación Dignidad Justicia**, se presentó escrito el día 27-10-2023, fechado un día antes, interponiendo recurso de apelación contra el auto dictado el día 18-10-2023 por el Juzgado Central de Instrucción n° 5 en las Diligencias Previas n° 97/23, en el que acordó inadmitir a trámite la querrela formulada por dicha entidad, por presunto delito de lesa humanidad, previsto y penado en el [artículo 607 bis del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), contra Amadeo, @ " Zurdo"; Aquilino, @ " Canicas"; Bernardo, @ " Chillon"; Calixto, @ " Cayetano"; Cesareo, @ " Pelirojo"; Cristobal, @ Virutas"; Darío, y toda persona que pudiera resultar responsable de los hechos que se denuncian en la querrela.

Se solicita la revocación de la resolución impugnada y que, en su lugar, se acuerde la admisión a trámite de la referida querrela, por el asesinato de Eladio, el 9 de febrero de 1976, y la práctica de las diligencias de investigación que se relacionan, así como la de aquellas otras que resulten útiles a los fines de esclarecimiento de los hechos denunciados y de sus responsables.

El día 30-10-2023 se acordó la admisión a trámite del recurso de apelación interpuesto, con traslado del escrito de la recurrente al Ministerio Fiscal, quien lo impugnó en escrito presentado y fechado el día 31-10-2023.

Finalmente, el día 6-11-2023 el Instructor ordenó emplazar a las partes ante esta Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a donde acto seguido se remitieron las actuaciones testimoniadas, a los efectos de resolución del recurso pendiente.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones el día 7-11-2023, previo reparto, se formó el rollo nº 557/23 y se acordó señalar para la celebración de la correspondiente deliberación el día 13-11-2023, quedando el recurso pendiente de resolución.

Ha actuado como ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Juan Francisco Martel Rivero.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- *Impugna la representación procesal de la querellante Asociación Dignidad y Justicia la decisión del Instructor sobre inadmisión a trámite de la querrela formulada por dicha entidad por el delito de lesa humanidad supuestamente cometido por los querrellados, en su calidad de dirigentes de la organización terrorista ETA que componían el órgano máximo de dirección, desde el que ostentaron el dominio de la organización de forma continuada, al menos entre 1975 y 1979, en la rama militar de ETA hasta la fusión con ETA político-militar a finales de los años 70, ejerciendo, expresamente, y entre otras funciones propias de su estructura fuertemente jerarquizada "la de marcar las líneas políticas y militares de la organización, coordinando la lucha armada y el control de los comandos legales e ilegales de la misma", y contra los autores materiales del asesinato de D. Eladio, el 9 de febrero de 1976, en DIRECCION000 (Vizcaya) y los asesinatos en grado de tentativa de D. Jon y D. Leonardo, policías municipales que le acompañaban esa mañana, en la citada localidad, donde el fallecido ejercía de alcalde.*

La parte apelante muestra su desacuerdo con la resolución del órgano instructor de rechazar la investigación de la conducta de los diferentes miembros de la entonces cúpula de ETA por un delito de lesa humanidad.

Para dicha parte recurrente, el *impugnado auto acuerda*, conforme a lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), no admitir a trámite la querrela interpuesta, fundamentalmente por tres argumentos: porque los hechos no son constitutivos de un delito de lesa humanidad ni de asesinato terrorista en un contexto de lesa humanidad; porque los hechos están prescritos, y porque no es aplicable a las víctimas del terrorismo la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (LA LEY 22110/2022).

Se centra en combatir este último extremo, al entender que sobre él pivota primordialmente la querrela presentada.

A) Sostiene la parte apelante que, al contrario de lo que indican el Magistrado-Juez Central de Instrucción y el Ministerio Fiscal, el ámbito de aplicación de la [Ley de Memoria Democrática \(LA LEY 22110/2022\)](#) va mucho más allá de los crímenes cometidos por la dictadura franquista, la Guerra Civil o el Golpe de Estado, pues con apoyo en una interpretación gramatical de su Preámbulo, éste hace referencia a las vulneraciones de derechos humanos acaecidas "durante" la Guerra y la durísima represión de la posguerra y la dictadura franquista, es decir, se utiliza el adverbio temporal "durante", no habla de violaciones de derechos humanos cometidos "por" la Guerra, el Golpe de Estado o la dictadura franquista, sino "durante dichos períodos de la reciente historia de España y, por lo tanto, no puede quedar limitado únicamente a los cometidos o a consecuencia de dicha dictadura o la guerra civil, sino durante los mismos, ateniéndonos al lapso temporal que acota la norma. Esto es: al período comprendido entre el 18 de julio de 1936, fecha en la que tuvo lugar el Golpe de Estado y el 29 de diciembre de 1978, de entrada en vigor de la [Constitución Española \(LA LEY 2500/1978\)](#).

Por ello, dicha parte recurrente entiende que es perfectamente de aplicación la [Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática \(LA LEY 22110/2022\)](#), a las víctimas del terrorismo de la organización terrorista ETA, que fueron perseguidas, secuestradas, torturadas y asesinadas en el período de 1 de enero de 1969 al 29 de diciembre de 1978, y por ende, al asesinato consumado de D. Eladio y los dos asesinatos en grado de tentativa de D. Jon y D. Leonardo, los dos policías municipales que le acompañaban cuando fueron ametrallados por miembros de la organización terrorista ETA, el día 9 de febrero de 1976.

Añade que no debe olvidarse que las víctimas del terrorismo son, en efecto, víctimas de violaciones de derechos humanos, y así lo establece la Exposición de Motivos de la [Ley 29/2011, de 22 de septiembre \(LA LEY 18062/2011\)](#), de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo. Pues en el período referido, durante la dictadura franquista y la transición, ETA cometió secuestros, coacciones, amenazas, hostigó, causó estragos, torturó y cometió 113 asesinatos, algunos tan crueles como el asesinato de D. Eladio, el 9 de febrero de 1976.

Además, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 2.3 de dicha Ley 20/2022 \(LA LEY 22110/2022\)](#), " *Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15*

de octubre, de Amnistía (LA LEY 1753/1977), se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiabiles", lo que permite que los crímenes cometidos por la organización terrorista ETA, en el periodo ya referido de 1 de enero de 1969 a 29 de diciembre de 1978, han de ser considerados e investigados como crímenes de lesa humanidad y por lo tanto no amnistiabiles, como ocurre con el atentado cometido contra la vida de D. Eladio e intentado en el caso de los policías municipales que le acompañaban en la mañana del 9 de febrero de 1976, D. Jon, quien, a pesar de haber recibido once impactos de bala, logró salvar su vida, y D. Leonardo.

B) Por lo demás, acerca del argumento del auto apelado relativo a que en el momento de la comisión de los hechos de la querrela no estaban regulados los delitos de lesa humanidad en nuestro Código Penal, estando vedada dicha posibilidad en virtud del artículo 9.3 de nuestra Constitución (LA LEY 2500/1978) (que proclama los principios de legalidad, jerarquía normativa, irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables y seguridad jurídica), aparte de estar prescritos y amnistiados, muy al contrario, la parte apelante expresa que, como ha señalado la Unidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática de la Fiscalía del Tribunal Supremo en un caso similar, el archivo de la presente causa es prematuro pues, tras la entrada en vigor de la Ley de Memoria Democrática (LA LEY 22110/2022) no cabe el rechazo de plano de la querrela, sino que es necesario llevar a cabo una investigación de los hechos y de su contexto para poder adoptar una decisión sobre la continuación del procedimiento.

Establece la parte apelante que para la consideración de los hechos querrelados como delito de lesa humanidad hay que hacer referencia a la ratificación por España, el 30 abril de 1977, de la cláusula contenida en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (LA LEY 129/1966) del año 1966, el cual recoge un fundamental mecanismo de protección de las víctimas de crímenes de lesa humanidad y otros crímenes internacionales frente a la impunidad, al establecer que:

"1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable a la aplicación del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito

la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

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

Y dicha cláusula internacional contra la impunidad de los ataques contra la vida y otros bienes jurídicos fundamentales ya se había recogido en el [artículo 7.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 \(LA LEY 16/1950\)](#), ratificado por España el 10 de octubre de 1979.

Termina la parte recurrente exponiendo que el análisis llevado a cabo en el auto combatido, que se centra en la tipicidad de la acción, el principio de irretroactividad, la prescripción y la aplicabilidad de la Ley de Amnistía, resulta prematuro, no procediendo una inadmisión de plano sino que es necesario practicar las diligencias de investigación señaladas en el escrito de querrela y todas aquellas que sean necesarias para determinar los contornos de los hechos querellados, las circunstancias contextuales, posibles patrones de conducta y cuantos otros elementos puedan resultar relevantes para adoptar una decisión fundada en derecho sobre su tipicidad, prescripción o carácter amnistiable, amén de dar cumplimiento efectivo al derecho a la verdad que tienen las víctimas de vulneraciones de derechos humanos, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vincula con el derecho a una investigación efectiva, en el sentido de que las violaciones de los derechos humanos, además de afectar a las víctimas directas o indirectas, tienen también incidencia sobre intereses más amplios, afectando a las condiciones de convivencia de la comunidad en su conjunto.

Por todo lo cual, a juicio de la parte recurrente, el auto recurrido debe ser revocado, debiéndose investigar el asesinato de D. Eladio a manos de la organización terrorista ETA, en cuya ejecución ha reconocido recientemente y a través de un documental haber participado uno de los jefes de la organización terrorista ETA, el primer querrellado Amadeo, @ " Zurdo".

SEGUNDO.- El recurso interpuesto no puede ser acogido, por las razones que se indicarán, para nada coincidentes con la tesis de la parte apelante acerca de la viabilidad de la investigación pretendida antes de producirse la prosecución o bien el archivo definitivo de las actuaciones.

Debemos rechazar, al contrario del criterio de la parte recurrente, que la resolución combatida sea precipitada, puesto que comparte este Tribunal las consideraciones del Magistrado Instructor, previamente expuestas por el Ministerio Fiscal, sobre la inmediata inadmisión a trámite de la querrela interpuesta.

A) Por lo que se refiere a la aplicabilidad al caso examinado de la [Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática \(LA LEY 22110/2022\)](#), hemos de compartir el criterio del Ministerio Fiscal, expuesto en sus escritos de 16 y 31-10-2023, en los que realiza un pormenorizado estudio hermenéutico de la mencionada Ley, del que concluye que ésta no resulta aplicable a los actos terroristas, aun en los supuestos enmarcados en el límite temporal de finales de la dictadura franquista y principios de nuestra Transición (cuando se produjeron los hechos de la querrela), puesto que el reconocimiento y protección a las víctimas del terrorismo tienen su específica ley reguladora, que es la [Ley 29/2011, de 22 de septiembre \(LA LEY 18062/2011\)](#).

Compartimos el recorrido normativo efectuado por el Ministerio Fiscal para demostrar que la reciente [Ley 20/2022, de 19 de octubre \(LA LEY 22110/2022\)](#), protege situaciones bien distintas que las relatadas en la querrela que nos ocupa, haciendo mención a otras situaciones a las que confiere la consideración de imprescriptibles y no amnistiables (artículo 2.3).

1.- Ya desde la Exposición de Motivos de la [Ley de Memoria Democrática \(LA LEY 22110/2022\)](#), se observa que su ámbito de aplicación se circunscribe a los crímenes perpetrados durante la dictadura franquista o relacionados con ella, dentro de un determinado período temporal. De sus propias expresiones se infiere que no se aplica a las víctimas del terrorismo, a tenor de los últimos párrafos de su apartado II:

"Las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra y la durísima represión de la posguerra y la dictadura franquista fueron condenadas en el informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptado en París el 17 de marzo de 2006. Los hechos descritos por el Consejo de Europa señalan que durante la Guerra de España se cometieron gravísimos crímenes y que durante la posterior dictadura franquista se estableció un sistema político autoritario que reprimió masivamente todo atisbo de oposición política de manera sistemática y generalizada. Como indica el referido informe del Consejo de Europa, en España se produjeron de manera sistemática desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, detenciones

arbitrarias, políticas de campos de concentración, trabajos forzados, torturas, violaciones e incluso secuestros masivos de recién nacidos bajo una política de inspiración eugenésica. La ciudadanía tiene actualmente el derecho inalienable al conocimiento de la verdad histórica sobre el proceso de violencia y terror impuesto por el régimen franquista, así como sobre los valores y los actos de resistencia democrática que llevaron a cabo quienes cayeron víctimas de su represión (...) esta ley persigue preservar y mantener la memoria de las víctimas de la Guerra y la dictadura franquista, a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas, el establecimiento de la justicia y fomento de la reparación y el establecimiento de un deber de memoria de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o totalitarismo".

Pero no sólo la Exposición de Motivos precisa que su ámbito de aplicación se circunscribe a las víctimas de la dictadura franquista, sino que esa misma conclusión también se alcanza con la lectura de otros preceptos legales.

2.- Así, el artículo 1.1 (LA LEY 22110/2022) y 2 de la Ley de Memoria Democrática (LA LEY 22110/2022) (nombrado por la parte recurrente), dedicado al objeto y finalidad de la nueva norma, indica lo siguiente:

"1.1. La presente ley tiene por objeto la recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática, entendida ésta como conocimiento de la reivindicación y defensa de los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales a lo largo de la historia contemporánea de España, con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales.

1.2. Asimismo, es objeto de la ley el reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el período comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 (LA LEY 2500/1978), así como

promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva, adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre la ciudadanía y promover lazos de unión en torno a los valores, principios y derechos constitucionales".

3.- Así, en el artículo 3, después de una definición general de quienes son las víctimas a las que hace referencia el precepto, se ofrece una definición auténtica de las mismas, entre las que no se cita a las víctimas del terrorismo:

"a) Las personas fallecidas o desaparecidas como consecuencia de la Guerra y la Dictadura.

b) Las personas que sufrieron privaciones de libertad o detenciones arbitrarias, torturas o malos tratos como consecuencia de la Guerra, la lucha sindical y actividades de oposición a la Dictadura.

c) Las personas que padecieron deportación, trabajos forzados o internamientos en campos de concentración, colonias penitenciarias militarizadas, dentro o fuera de España, y padecieron torturas, malos tratos o incluso fallecieron como consecuencia de la Guerra y la Dictadura, especialmente los españoles y españolas deportados en los campos de concentración nazis.

d) Las personas que se exiliaron como consecuencia de la Guerra y la Dictadura.

e) Las personas que padecieron la represión económica con incautaciones y pérdida total o parcial de bienes, multas, inhabilitación y extrañamiento.

f) Las personas LGTBI que sufrieron represión por razón de su orientación o identidad sexual.

g) Las personas que fueron depuradas o represaliadas profesionalmente por ejercer cargos y empleos o trabajos públicos durante la Segunda República o por su oposición a la Dictadura.

h) Las niñas y niños sustraídos y adoptados sin legítimo y libre consentimiento de sus progenitores como consecuencia de la Guerra y

la Dictadura, así como sus progenitores, progenitoras, hermanos y hermanas.

i) Las personas que participaron en la guerrilla antifranquista, así como quienes les prestaron apoyo activo como colaboradores, en defensa de la República o por su resistencia al régimen franquista en pro de la recuperación de la democracia.

j) Las personas represaliadas o perseguidas por el uso o difusión de su lengua propia.

k) Las personas represaliadas y expulsadas de las Fuerzas Armadas por pertenecer a la Unión Militar Democrática.

l) Las personas que sufrieron persecución o violencia por razón de conciencia o creencias religiosas, así como aquellas personas represaliadas o perseguidas por pertenecer a la masonería o a las sociedades teosóficas y similares.

m) Las personas que hayan sufrido daños o represalias al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización".

4.- Las personas que tienen la condición de víctimas del terrorismo son remitidas a la [Ley 4/2015, de 27 de abril \(LA LEY 6907/2015\)](#), de Estatuto de la Víctima, pero no a la [Ley 29/2011, de 22 de septiembre \(LA LEY 18062/2011\)](#), de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, lo que también es un indicativo del sentido de la norma ([artículo 3.4 de la Ley de Memoria Democrática \(LA LEY 22110/2022\)](#)).

5.- El artículo 7 LMD establece que "*se declara el día*

31 de octubre de cada año como día de recuerdo y homenaje a todas las víctimas del golpe militar, la Guerra y la Dictadura", esquivando deliberadamente el día de las víctimas del terrorismo, que es, en España, el 27 de junio (artículo 60 de la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo), y en el ámbito internacional, el 21 de agosto.

6.- Las políticas de memoria democrática, según el artículo 10.1 de la LMD, se centran en el "*reconocimiento de las personas que lucharon por la libertad y la democracia, especialmente de todas las víctimas a que se refiere el artículo 3"*, especificándose, en

el artículo 11, que las administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias para *" reparar las formas especiales de represión o violencia de cualquier tipo sufrida por las mujeres como consecuencia de su actividad pública, política, sindical o intelectual, durante la Guerra y la Dictadura, o como madres, compañeras o hijas de represaliados o asesinados. Igualmente, se llevarán a cabo actuaciones de reconocimiento y reparación de las mujeres que durante la Guerra y la Dictadura sufrieron privación de libertad u otras penas como consecuencia de los delitos de adulterio e interrupción voluntaria del embarazo"*.

7.- El derecho de las víctimas a la verdad se refiere, según el artículo 15.1 de la LMD, a quienes sufrieron

" violaciones graves y manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra y de la Dictadura", esto es, cometidas por el régimen instituido con ocasión de la Guerra Civil.

8.- *Del mismo modo, las bases de datos de ADN, en el artículo 23, se limitan a las " víctimas de la Guerra y la Dictadura y sus familiares"*.

9.- Asimismo, puede observarse que la labor de archivo que se recoge el artículo 26.1 se restringe a instrumentos referidos *" al golpe de Estado, la Guerra o a la represión política subsiguiente"*, lo que vuelve a ceñir su ámbito de aplicación a las víctimas del régimen instaurado en 1936.

10.- Además, el derecho de acceso a registro establecido en el artículo 27.1 se circunscribe únicamente al

" golpe de Estado, la Guerra, la dictadura franquista, la resistencia guerrillera antifranquista, el exilio, el internamiento de españoles en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial y sobre la transición hasta la entrada en vigor de la [Constitución de 1978 \(LA LEY 2500/1978\)](#)".

11.- Por su parte, el artículo 29 de la Ley (nombrado por la parte recurrente) reconoce el derecho a la investigación de las personas beneficiadas por esta norma, disponiendo que:

"1. El Estado garantizará el derecho a la investigación de las violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario ocurridas con ocasión de la Guerra y la Dictadura, así

como el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la entrada en vigor de la [Constitución Española \(LA LEY 2500/1978\)](#). El Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática intervendrá en su caso en defensa de la legalidad y los derechos humanos.

2. Se garantizará la tutela judicial en los procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados relacionados con las víctimas a que se refiere el artículo

3.1".

12.- El derecho a la reparación integral instaurado en el artículo 30.1 no abarca a todas las víctimas, sino, exclusivamente, a las " *víctimas de la Guerra y la Dictadura*".

13.- En el mismo sentido, el deber de memoria que aparece en el artículo 34, vuelve a acotar su campo de aplicación a " *las violaciones de derechos humanos que se produjeron durante el golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura*".

14.- La exaltación de los actos contrarios a la memoria democrática no se identifica con los actos de exaltación terrorista del [artículo 578 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), sino que tiene su propia concreción en el artículo 38, que los define como " *la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial*".

Por tanto, el desigual tratamiento normativo de las víctimas que figura en la [Ley de Memoria Democrática \(LA LEY 22110/2022\)](#) y en la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo es evidente, sin que puedan incluirse a estas últimas entre las víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura franquista, puesto que ningún precepto de la nueva [Ley de Memoria Democrática \(LA LEY 22110/2022\)](#) lo permite. En definitiva, ponerlas en un plano de igualdad o parangón implicaría efectuar una interpretación forzada de las normas en liza. Resulta evidente esta controvertida situación, por lo que una vez más, haciéndonos eco de lo alegado por el Ministerio Fiscal, si la parte apelante considera que no existe igualdad de trato entre las víctimas del terrorismo y las de la dictadura, la vía adecuada para restablecerla consiste en modificar la normativa sobre víctimas del terrorismo, pero no mediante una

tergiversación de la [Ley de Memoria Democrática \(LA LEY 22110/2022\)](#), cuyo artículo 2.3 sí que permite la aplicación retroactiva de la norma a los actos que la vulneran, que asimismo gozaran de la consideración de no amnistiables. Ambas características -es decir, retroactividad e imposibilidad de aplicación de la amnistía- no vienen recogidas en la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

B) Sobre la presunta perpetración por los querellados de hechos constitutivos del delito de lesa humanidad anteriores al 1-10-2004, fecha de la entrada en vigor del tipo previsto en el [artículo 607 bis del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), este Tribunal sostiene (con el Magistrado Instructor) que con anterioridad a dicha fecha no existía en el referido texto legal ninguna norma que impusiera pena a las conductas que suponen un ataque sistemático contra una parte de la población civil, constituida por colectivos que son perseguidos por razones políticas e ideológicas, cuya eliminación o expulsión son considerados por la organización terrorista ETA como estratégicamente necesarios para la consecución de sus objetivos políticos.

Precisamente por virtud del principio de legalidad penal, las posibles conductas delictivas basadas en la comisión de este delito de lesa humanidad pueden ser investigadas y, en su caso, enjuiciadas y castigadas, sólo a partir de aquella fecha, no pudiendo ser comprobadas en períodos anteriores, al no resultar de aplicación directa el Derecho Penal Consuetudinario, por ser necesaria una transposición a la legislación interna, como ha explicado la S.T.S. nº 798/07, de 1-10-2007 (LA LEY 166012/2007) (el denominado "Caso Scilingo").

Abundando en lo establecido en la referida S.T.S. nº 798/2007 (LA LEY 166012/2007) (Fundamentos Jurídicos 6º y 7º), más tarde seguida por la S.T.S. nº 101/12, de 27-2-2012 (LA LEY 7666/2012) (Fundamento Jurídico 3º) y por el A.T.S. de 28-3-2012 (LA LEY 31881/2012), recaído en la cuestión de competencia que dio lugar al recurso nº 20380/2009 (Razonamiento Jurídico 2º), debemos tener presente que en dichas resoluciones (especialmente en la primeramente nombrada) se insertan conclusiones perfectamente aplicables al caso de autos. Materia que tratamos en nuestro anterior auto nº 410/15, de fecha 24-9-2015, dictado en el Rollo de Apelación nº 49/15 de esta misma Sección 4ª.

1.- Por lo que se refiere al principio de legalidad, *"en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, sólo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (lex scripta), anterior a los hechos (lex previa), que las describa con la necesaria claridad y*

precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*). En definitiva, exige *lex previa, stricta, scripta y certa*. De esta forma, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado queda limitado a aquellos casos en los que haya mediado una advertencia previa a través de una ley, de modo que el agente pueda ajustar su conducta de manera adecuada a las previsiones de aquella. Previsibilidad que depende, en realidad, de las condiciones objetivas de la norma, y no tanto de la capacidad individual de previsión del sujeto. De todo ello se desprende que el principio contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable. El Código Penal vigente, por su parte, establece el principio de legalidad de los delitos en el artículo 1.1 ; de las penas en el artículo 2.1; reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo, incluso durante el tiempo de cumplimiento de la condena, en el artículo 2.2; y prohíbe la analogía en el artículo 4.1".

2.- En cuanto al tipo penal examinado, la jurisprudencia analizada indica que "[El artículo 607 bis del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, en fecha muy posterior a los hechos enjuiciados. Por lo tanto, sólo sería posible su aplicación en el caso de que pudiera establecerse que se trata de una norma más favorable, lo cual exige la determinación de la norma vigente al tiempo de los hechos. En el Código español no existía en aquel momento ninguna norma que estableciera una sanción para hechos descritos de la misma forma en que aparecen en el referido artículo 607 bis".

3.- Respecto a la aplicabilidad automática de las normas y resoluciones internacionales, la aludida S.T.S. establece que "*Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. Se han traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra la humanidad, y genocidio. La definición de estos delitos no siempre ha alcanzado la necesaria precisión, sobre todo en cuestiones relativas a algunas de sus modalidades y*

concretamente respecto del crimen de agresión, pero la esencia de las conductas prohibidas más relevantes en cuanto se refieren a la violación de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida. Se trata de hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares, siempre ejecutados, como se ha dicho, desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o de una organización similar, que son aprovechadas por los autores no sólo para facilitar la ejecución sino también para procurar la impunidad. Generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas vinculadas de alguna forma al ejercicio abusivo, y por lo tanto ilegítimo, del poder. Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, artículos 93 (LA LEY 2500/1978) y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, sólo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones.

En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (LA LEY 16/1950) (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas conforme al "derecho" nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales. De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles.

La vigencia del principio de legalidad, tal como antes fue expuesto, impide, pues, la aplicación directa del Derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna (cuando es) posterior a los hechos y no más favorable".

4.- Nos recuerda, finalmente, la comentada S.T.S. nº 798/2007 (LA LEY 166012/2007) que: *"El delito de lesa humanidad fue introducido en el Código Penal español por medio de la Ley Orgánica 15/2003 (LA LEY 1767/2003). Se define como un delito contra la comunidad internacional y se compone de una serie de conductas básicas, de las cuales, en lo que aquí interesa, la causación dolosa de la muerte de otra persona o las detenciones ilegales, ya eran delictivas como delitos ordinarios con anterioridad. Su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto. Son éstas, según el artículo 607 bis del Código Penal (LA LEY 3996/1995), el que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien cuando se cometan por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional o bien, se cometan en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen. La pena máxima prevista es la de prisión de veinte años y un día a treinta años cuando el autor cause la muerte a una persona y concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139 del mismo Código Penal (LA LEY 3996/1995)".* En la actualidad, tiene prevista la pena prisión permanente revisable.

C) Por último, en referencia al carácter imprescriptible de los hechos relatados en la querrela analizada, tampoco podemos conceder la razón a la parte querellante-apelante, al constar nítidamente que los hechos perpetrados se encuentran prescritos.

Argumenta la parte recurrente que los hechos que se atribuye a los querellados no se hallan prescritos, a pesar de que los mismos conllevan un plazo de prescripción de veinte años (artículo 131.1 del Código Penal entonces vigente), ya que datan del año 1976, y el procedimiento no pretende dirigirse contra aquellos querellados sino desde la presentación de la querrela por la **Asociación Dignidad y Justicia**, que tiene lugar en este año 2023, habiendo transcurrido por tanto cuarenta y siete años entre el momento de ocurrir los hechos y la presentación de la querrela. O sea, que han transcurrido muchos más de los veinte años que preveía el nombrado artículo 131.1 para la

prescripción de los delitos cuando la pena máxima señalada era la de prisión de quince o más años.

1.- Por lo que a la prescripción de los hechos respecta, el [artículo 132.1 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) dispone: "Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta".

En definitiva la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta -lapso de tiempo correspondiente o penalización del procedimiento- aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto -como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, [artículo 666.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#), y como cuestión previa al inicio del juicio en el proceso abreviado, [artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#), en aras de evitar que resulte afectada una persona que, por especial previsión de la Ley, tenga extinguida la posible responsabilidad penal (S.T.S.

nº 387/07, de 10-5-2007).

2.- Como se afirma en la [S.T.C. nº 195/09 \(LA LEY 172032/2009\)](#), de 28-9-2009, con cita de las S.T.C nº 157/90, de 18-10-1990 (LA LEY 1561-TC/1991), y [nº 63/05, de 14-3-2005 \(LA LEY 1020/2005\)](#), "la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto "en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica", si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores, ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar -delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo- afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados".

3.- Asimismo, la S.T.S. n° 583/13, de 10-6-2013 (LA LEY 107461/2013), precisa que *"no es un problema de "trámite procesal" sino de si concurre o no la prescripción. Podemos convenir con los recurrentes en que, de ser viable una calificación por un delito con pena que excluyese la prescripción, habría que estimar el recurso, pero no por haberse decidido prematuramente y por cauce inidóneo, sino por no existir seguridad sobre la prescripción. Pero si se puede afirmar con rotundidad que los hechos están prescritos, no puede estimarse el recurso por esta razón procedimental. No genera indefensión alguna esa "anticipación", que (...) es procesalmente correcta. La adopción de esa manera y en ese momento de la decisión sobre la concurrencia de esa causa de extinción de la responsabilidad penal no comporta menoscabo alguno de las posibilidades de defensa, contradicción e impugnación"*.

4.- Según la jurisprudencia dimanante de las S.T.S. n° 336/07, de 13-6-2007, y n° 511/11, de 16-5-2011 (LA LEY 83105/2011), *para que la prescripción del delito pueda acordarse por esta vía, es necesario que la cuestión aparezca tan clara que de modo evidente y sin dejar duda al respecto, puede afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la Ley.* Como advierte la S.T.S. n° 760/14, de 20-11-2014 (LA LEY 167578/2014), la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que se asienta, pero asimismo advierte de la imposibilidad de despejar toda duda en los supuestos de subtipos agravados y de continuidad delictiva que permitan ampliar el marco de la acusación hasta penas que determinarían un plazo prescriptivo mayor, en cuyo caso lo procedente sería diferir la cuestión al tribunal sentenciador después de la celebración del juicio oral y resolver la cuestión en sentencia. Y por ello al obstarle la continuación del juicio e impedirse la práctica de la prueba sobre esas circunstancias fundamentadoras del título de imputación de la acusación, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido se integra muy especialmente por el derecho a esa prueba.

5.- Así, pues, cuando existen notorias discrepancias jurídicas acerca del cómputo de la prescripción, su interrupción y su aplicabilidad a todos y cada uno de los sujetos a quienes se atribuye una participación en los hechos de la querrela, debe proseguirse el procedimiento hasta la total clarificación de tales cuestiones dudosas.

Ello ha acaecido en el caso estudiado en nuestro reciente auto n° 70/23, de fecha 6-2-2023, recaído en el Rollo de Apelación n° 41/23 de esta Sección 4ª. Allí se determinó que, al margen de las dudas procesales expuestas, también surgieron otras de carácter normativo relacionadas con la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo. En el

caso allí analizado, los hechos serían incardinables en los tipos penales del [artículo 572.1.1º \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 2º CP de 1995 ([LA LEY 3996/1995](#)), que castigaba a los que "perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas", debiendo aplicarse una pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona (artículo 572.1.1º).

6.- En el caso actual, *al momento de la comisión de los hechos (el 9 de febrero de 1976), el plazo de prescripción de los mismos sería de veinte años (artículo 131.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)), que han transcurrido ampliamente*, como hemos determinado.

La reforma operada en el [Código Penal de 1995 \(LA LEY 3996/1995\)](#), a través de la [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio \(LA LEY 13038/2010\)](#), en materia de prescripción, vino a reconocer la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, siempre que hubiesen ocasionado la muerte de una persona (artículo 131.3, último inciso).

La cuestión que ahora se suscita, versa sobre la eficacia retroactiva de la ampliación de este plazo de prescripción hasta alcanzar la imprescriptibilidad en supuestos como el que nos ocupa, en el que se ha producido un asesinato consumado de naturaleza terrorista y dos asesinatos intentados.

El [artículo 2.1 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) establece el principio de irretroactividad de la ley penal no favorable, al disponer que "*no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración... No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo (...)*".

Existe consenso acerca de que sólo transcurrido el plazo de prescripción marcado por la ley, se podrán obtener los beneficios que la ley le confiere, o, dicho de otra manera, para obtener las ventajas que proporciona la prescripción habrá que ganarla primero, y, sólo ganada, ésta opera con los efectos que le son propios; en cambio, si no se llega a ganar, no cabe reconocerle tales efectos, entre ellos, que la responsabilidad criminal se extinga, y, si no se extingue y sigue viva, no podrá ser ajena a incidencias ulteriores. Por lo que, si estando viva la posibilidad de ejercer el "ius puniendi", ese plazo se prorroga por otro mayor, la realidad es que en ningún momento habrá cesado la posibilidad de persecución.

Ésta es la razón por la que, en el auto del Pleno de esta Sala de lo Penal nº 52/06, de 14-6-2006, se decía que "*será admisible la aplicación de modificaciones ulteriores de los*

plazos de prescripción, es decir, la aplicación retroactiva de posteriores modificaciones del plazo de prescripción, aunque sea agravando la situación del sujeto activo, siempre que entre en vigor el nuevo plazo de prescripción, en este caso de imprescriptibilidad, antes que el plazo de prescripción anterior hubiera fenecido, pues para el reclamado la situación de extinción de responsabilidad criminal todavía no se ha producido".

En definitiva, la conclusión que se extrae es que si no ha prescrito el delito en el momento en que tiene lugar la ampliación del plazo de prescripción, su aplicación retroactiva no supone vulneración alguna del principio de irretroactividad desfavorable.

7.- En el caso de autos, *en el momento de la entrada vigor de la reforma (23 de diciembre de 2010) el delito ya había alcanzado los veinte años de prescripción, ya que el criminal atentado tuvo lugar el día 9 de febrero de 1976, por lo que la prescripción se ganó el día 10 de febrero de 1996.*

Por lo expuesto, *la cuestión suscitada no merece quedar sujeta a la consideración de una investigación previa, debido al largo tiempo transcurrido y a la no imprescriptibilidad de los hechos constitutivos de posible delito recogidos en la querella* formulada. Por lo que dicha cuestión, en el caso de autos, sí que puede ser sustraída a la consideración del órgano instructor o enjuiciador en cualesquiera de las decisiones que al respecto pudieran adoptar, porque en la fase inicial del procedimiento que nos ocupa, la decisión acerca de la prescripción de los hechos es clara y diáfana en los términos exigidos por nuestra jurisprudencia, no estándose en presencia de posturas antagónicas y enfrentadas, ya que resulta evidente el rechazo de la reapertura de plazos de prescripción ya vencidos, sobre la base del [artículo 9.3 de nuestra Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#), que proclama los *principios de legalidad, de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas penales no favorables.*

TERCERO.- En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación planteado, con declaración de oficio de las costas procesales generadas en esta segunda instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

EL TRIBUNAL ACUERDA: Que **desestimamos** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la querellante **Asociación Dignidad y Justicia** contra el auto dictado el día 18 de octubre de 2023 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en las Diligencias Previas nº 97/23, en el que se acordó la inadmisión a trámite de la querella formulada por dicha entidad, por presunto delito de lesa humanidad, previsto y

penado en el [artículo 607 bis del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), contra Amadeo, @ " Zurdo"; Aquilino, @ " Canicas"; Bernardo, @ " Chillon"; Calixto, @ " Cayetano"; Cesareo, @ " Pelirojo"; Cristobal, @ Virutas"; Darío, y toda persona que pudiera resultar responsable de los hechos que se denuncian en la querrela.

Por lo que **confirmamos** dicha resolución, con declaración de oficio las costas procesales devengadas.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así, por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.