

A U T O

En Madrid, a veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

HECHOS

PRIMERO.- El presente procedimiento se incoa en virtud de denuncia y posterior querella, admitida a trámite por auto de 10 de Junio de 1996, que se transforma posteriormente en sumario.

SEGUNDO.- El 28.6.96 se dicta auto en cuya parte dispositiva se dispone... "Declarar competente a la Jurisdicción española y dentro de ella, a este Juzgado, para la Instrucción de este Procedimiento en averiguación de los hechos denunciados y persecución de los delitos cometidos por los querellados, cualesquiera otros que fueren responsables y así se determinen".

TERCERO.- El día 20 de Octubre de 1997 se dicta auto de prisión provisional de Adolfo Scilingo, Emilio Eduardo Massera, Luis María Mendieta, Jorge Raúl González, Jorge Eduardo Acosta, Jorge Enrique Perren, Carlos Eduardo Daviou, Carlos José Pazo y Gonzalo Torres de Tolosa. El Ministerio Fiscal recurrió la resolución argumentando la falta de jurisdicción.

Por auto de fecha 27.10.97 tal cuestión --a falta de jurisdicción-- se extrae del debate sobre la prisión del Sr. Scilingo y los demás y se solicita al Ministerio Fiscal, en providencia de 13.1.98, para que formule, si a su derecho interesa, la cuestión de jurisdicción formalmente, lo que hace por medio de escrito de fecha 29.1.98.

En dicho escrito solicita que:

- b) "Se declare por el Juzgado la falta de Jurisdicción para conocer de los delitos cometidos por ciudadanos no españoles durante la dictadura Argentina (años 1976 a 1983).
- c) "Previo alzamiento de cuantas medidas de imputación y cautelares se hubiesen acordado y previa anulación de cuantas órdenes de detención se hubiesen librado, se concluya el Sumario para que se dicte por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el Archivo de las actuaciones por falta de jurisdicción".

El Juzgado estima parcialmente el recurso manteniendo la situación de prisión incondicional de todos salvo para Scilingo a quien se le fija fianza de 5 millones que posteriormente se rebaja hasta que se acuerda la libertad del interesado.

Con fecha 29.12.97 se dicta Auto teniendo por imputados a una serie de personas

(f.11312-11314), resolución impugnada por el Ministerio Fiscal el 9.1.98 por las mismas razones que en el supuesto de la prisión de Scilingo.

El auto de prisión incondicional y orden de busca y captura dictada contra Leopoldo Galtieri el 25 de Marzo de 1997 no ha sido, sin embargo, recurrido por el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Una vez formulada la cuestión se da traslado por medio de providencia sucesivamente a las acusaciones populares y particulares que han solicitado se mantenga la competencia de la jurisdicción española; y, de la defensa que se ha adherido a la petición del Ministerio Fiscal.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS.

PRIMERO: En la presente Resolución se trata de resolver la cuestión sometida a valoración por el Ministerio Fiscal, a la que después se ha adherido la representación procesal de Adolfo Scilingo, sobre la falta de jurisdicción y, por tanto, de competencia de este Juzgado para investigar los hechos sometidos a debate y que se enumeran en los escritos de denuncia y querella y en los Autos de 10 de junio de 1996 y 28 de junio del mismo año.

En concreto, se afirma por el Ministerio Fiscal la falta de jurisdicción de este Juzgado, "respecto de los delitos perpetrados fuera del territorio nacional por extranjeros y que se recogen en los Autos del Juzgado de 10.6.96 y 28.6.96 (...) asesinatos múltiples, detenciones ilegales, desaparición por secuestro y sustracción de menores (...) así como los de genocidio y terrorismo".

Los argumentos expuestos por el. Sr. Fiscal para solicitar la conclusión del Sumario y su archivo por parte de la Sala son, sucintamente, los siguientes:

- a) Falta del presupuesto jurisdiccional prevalente de territorialidad previsto en el artículo 8 del Código Civil y en el artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haber sido cometidos los delitos en España.
- b) Falta del presupuesto jurisdiccional de personalidad activa previsto en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haber sido cometidos los delitos por españoles.
- c) Falta el presupuesto jurisdiccional de protección real previsto en el artículo 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no constar las cuatro primeras figuras delictivas en la relación enumerada en el precepto.
- d) Falta, respecto de estos delitos, el presupuesto jurisdiccional del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de protección universal.
- e) Respecto a los delitos de genocidio y terrorismo, el Ministerio Fiscal afirma que la Ley Orgánica del Poder Judicial (sic) de 1870 "no confería a los Jueces y Tribunales españoles competencia extraterritorial ni en materia de genocidio ni en materia de terrorismo (cfr. arts. 335 y 336)". Con ello se aparta, en cuanto a la primera figura, en forma radical, de su propio dictamen de fecha 20 de abril de 1996 en el que literalmente dice: "El delito de genocidio sí era perseguible en España cualquiera que fuese su lugar de comisión (art. 336 de la Ley Orgánica del Poder Judicial derogada)". Pero los hechos objeto de denuncia no pueden dar vida a ese delito por faltar el elemento intencional requerido por el artículo 137 bis: intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, en atención precisamente a esa cualidad de pertenecer a una determinada nacionalidad".

- f) Respecto al delito de genocidio, también argumenta a juicio de este Instructor, con olvido de los criterios interpretativos elementales y posiciones doctrinales consolidadas y pacíficas-- "que el artículo 6 del Convenio de 9.12.48 prescribe que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal internacional que sea competente, lo que viene a excluir la jurisdicción de los Jueces y Tribunales de España, Estado Parte, como la República Argentina, en el Convenio...". Como se verá tal afirmación no se sostiene científicamente.
- g) Asimismo el Sr. Fiscal niega que los hechos descritos y acontecidos durante la dictadura militar argentina sean constitutivos de delitos de genocidio y terrorismo a efectos de la legislación española.
- h) Por último, el Ministerio Público sugiere que se inste la formación de un tribunal Penal Internacional, única forma de lograr juzgar a los autores, cómplices y encubridores de estos actos. Como se tratará de exponer y razonar a lo largo de esta Resolución, existen argumentos bastantes y lo suficientemente sólidos como para mantener una postura radicalmente opuesta a la que insta el Sr. Fiscal.

Es decir,

- a) Los hechos que se investigan integran un delito de genocidio que se instrumentó a través de asesinatos múltiples, detenciones, secuestros, desapariciones, sustracción de menores, torturas, violaciones, apoderamiento de bienes, etc, durante los años 1976 a 1983 en la República Argentina como consecuencia del Régimen de Terror instalado por los responsables militares con el Golpe de Estado y desde el Estado, y, que tuvo por víctima al propio pueblo argentino .
- b) Asimismo integran la figura del delito de terrorismo.
- c) Tanto uno como otro delitos, como los de tortura, son persegibles en España de acuerdo con la normativa penal y procesal española en vigor, y de acuerdo también con los Convenios de los que España es Parte en la materia.

SEGUNDO.- Para ordenar la exposición se seguirá el siguiente esquema:

- 1.- Concepto de "Genocidio" en la legislación internacional y española.
- 2.- Concepto de "Grupo nacional" en el tipo de genocidio en nuestro Código Penal entre 1971 y 1983.
- 3.- Concepto de "Grupo nacional", "Grupo social" y "Grupo ideológico o político" en el Derecho Internacional e interno.
- 4.- Análisis del caso como posible delito de genocidio de grupo nacional y de genocidio por motivos religiosos.
- 5.- Análisis del caso, también, como posible delito de genocidio.
- 6.- Procedencia de la jurisdicción española en la persecución del delito de genocidio .
- 7.- Procedencia de la jurisdicción relativa a los delitos de terrorismo.
- 8.- Procedencia de la jurisdicción relativa a los delitos de tortura.

9.- Referencia a los demás hechos investigados en esta causa.

En primer lugar, se ratifican los argumentos, en cuanto sean aplicables y no contradigan lo aquí expuesto, contenidos en los Autos de 10 de junio y 28 de junio de 1996, Auto de 25 de marzo de 1997, Auto de 10 de octubre de 1997 y Auto de 18 de noviembre de 1997.

En segundo lugar, una resolución de este tipo es preciso iniciarla con la afirmación axiomática de que "el genocidio constituye el crimen último, la violación más grave de los derechos del hombre que es posible cometer". En estos términos se manifiesta el denominado "Informe M.B. Whitaker", en el que aborda el Estudio sobre la Cuestión de la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio de conformidad con la resolución 1983/83 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas de fecha 27 de mayo de 1983, edición revisada de fecha 2 de julio de 1985, E/CN.4/Sub. 21198516 y que constituye documento imprescindible a la hora de valorar los hechos objetos de debate. La obligación de la Comunidad Internacional debe ser descubrirlo y perseguirlo y sancionarlo adecuadamente, sin que presiones políticas de ningún estamento o gobierno puedan abrir la puerta a la impunidad, porque con ello se alentaría la ejecución de nuevos actos criminales que la humanidad repudia y rechaza.

En el mismo sentido, es preciso señalar que el derecho a la vida es el primero de los derechos humanos y todos los demás son tributarios de él. El derecho a preservar la vida no sólo es algo que importa al gobierno del individuo o del grupo correspondiente sino también a la Comunidad Internacional. Las dificultades que se presentarán para conseguir lo anterior serán grandes y mucho mayores cuando el órgano que amenaza de muerte, o, el responsable o cómplice de la muerte, es el propio Estado; sobre todo si se tiene en cuenta la labor entorpecedora, por parte del Gobierno interesado de la acción de la ONU que viene prevista en la Convención sobre la Prevención y Castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, a la que España se adhiere el 13 de septiembre de 1968, con reserva a la totalidad del artículo 9, referente a la Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia para la interpretación, aplicación y ejecución de la Convención .

Es llamativo que los hechos que se investigan en esta Causa no hayan recibido en sede judicial hasta ahora la categoría de presuntos delitos de genocidio y sin embargo, la ONU, consciente de lo que estaba sucediendo, recibió y acogió a todos aquellos que conseguían salvarse y huir de Argentina como víctimas de un verdadero genocidio.

TERCERO.- El delito de genocidio se define en la Convención de 9 de diciembre de 1948 y, por lo que se refiere a España, se incluye en nuestro ordenamiento jurídico interno, como consecuencia de la adhesión a la Convención, mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que adiciona el artículo 137 bis dentro del Capítulo III como uno de los delitos contra el Derecho de Gentes del Título I (Delitos contra la Seguridad Exterior del Estado) del Libro II del Código Penal .

Este delito no ha desaparecido desde entonces de nuestro Código Penal. En la actualidad se halla regulado en el artículo 607, Capítulo II (Delitos de genocidio) Título XXIV (Delitos contra la comunidad internacional), Libro II. Desde el punto de vista de la tipicidad, la diferencia que más interesa al caso entre el delito previsto en 1971 y el vigente es la sustitución de los términos "grupo nacional étnico..." por "grupo nacional, étnico..." y "grupo social" por "grupo racial".

La primera dificultad que puede plantearse es si el legislador español, al suprimir la coma ortográfica entre "nacional" y "étnico", que ahora existe, ha pretendido restringir el ámbito de aplicación del precepto o, por el contrario, admite una interpretación acorde

con el Convenio.

Esta legislación interna se mantiene durante casi cinco años tras la vigencia de la Constitución Española de 1978, en cuyo artículo 10.2 se prevé expresamente la eficacia interpretativa de los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales. Por eso, la interpretación conforme a la Constitución y a la Convención de 1948 del término "grupo nacional étnico", presente en el artículo 137 bis vigente hasta 1983, fuerza a interponer una coma entre "nacional" y "étnico", tal y como se ha hecho en la reforma aludida y, por tanto, a no restringir los grupos nacionales objeto de genocidio a los de naturaleza étnica. Este argumento es válido aunque los hechos objeto de investigación son anteriores a la Constitución Española, porque en su casi totalidad se trata de secuestros, que son delitos de consumación permanente y convierten, a su vez, el genocidio en delito de consumación permanente y porque el delito de genocidio se sigue cometiendo mientras persisten las acciones de destrucción total o parcial de un grupo, lo que en Argentina aconteció años después de la entrada en vigor de nuestra Constitución (hasta finales de 1983).

Los problemas que se pueden derivar de la particular redacción del precepto del artículo 137 bis del Código Penal se pueden obviar mediante la utilización de la vía basada en el artículo 10.2 de la Constitución, en vez de la relativa a la legislación internacional en materia de tratados y, específicamente, a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Aunque es cierto que esta legislación internacional se refiere a que las disposiciones de Derecho interno no pueden ser invocadas para incumplir un Tratado, no es menos cierto, sin embargo, que el artículo 5º de la Convención sobre el Delito de Genocidio no prevé una eficacia directa e inmediata del mismo sino que impone a las Partes el compromiso de arbitrar las medidas necesarias para asegurar la aplicación de la Convención y proveer sanciones penales eficaces para las personas culpables. Se trata, pues, de una remisión expresa a la eficacia de las legislaciones internas de desarrollo de la Convención, tal y como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley de 1971, que incorpora el delito de genocidio al Código Penal español.

En síntesis, pues, la vía del grupo nacional debe superar un primer problema: la posible atipicidad en España como delito de genocidio en el momento de comisión de los hechos de las conductas cometidas por los exterminadores argentinos, ya que no afectaron a un "grupo nacional étnico". Este problema puede superarse mediante la Constitución, que lleva a considerar inconstitucional la reducción de los grupos nacionales a los de naturaleza étnica, de acuerdo con la eficacia interpretativa de la legislación interna en materia de derechos fundamentales de la Convención de 1948 que impone el meritado artículo 10.2 de la Constitución.

CUARTO.- El segundo problema que plantea la vía del grupo nacional para tipificar la conducta de los exterminadores argentinos es su propio concepto. Sin embargo, como después se verá, es factible tal conceptualización. "Grupo nacional" puede significar "grupo perteneciente a una nación", es decir, "grupo de una nación" en sentido territorial, si bien en la legislación y práctica internacional la expresión significa ante todo "grupo de origen nacional común" (cfr. Cherif Bassiouni, International Criminal Law, Crimes, 1986, pág. 291). Así, se usa esta expresión, por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, que, al definir el concepto de "discriminación racial", se refiere a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas, entre otros, en motivos de linaje, origen nacional o étnico. En las discusiones habidas en el proceso de elaboración en la Convención de 1948 se pretendió precisarlo como grupo de una nacionalidad o ciudadanía, como grupo de un mismo origen étnico, o como referencia a las minorías nacionales e, incluso, a los pertenecientes a diferentes nacionalidades dentro

de un Estado o Nación.

La Convención optó por la expresión "grupo nacional" por considerarla comprensiva de estos supuestos que, en realidad, son restrictivos. En este sentido puede decirse que en el ámbito del genocidio la idea de lo nacional se usa para identificar grupos permanentes de personas de común origen. Por lo demás, en el delito de genocidio el grupo a destruir total o parcialmente sirve para determinar el elemento subjetivo específico, motivo o intención perseguidos con su destrucción. La conducta genocida no es sólo realizada con la intención de destruir a un grupo, sino, además, por motivo de su pertenencia a una nación, etnia, raza o religión. Esta idea no excluye, obviamente, del genocidio de grupos nacionales, la destrucción de grupos de común origen, pero diferenciados dentro de una misma nación, entendida ésta como ámbito territorial o conjunto de habitantes regido por el mismo gobierno. Es evidente que existen tales grupos con identidad nacional propia dentro de una misma nación. Generalmente, en estos casos, la cohesión del grupo es étnica lo que explicaría la restrictiva legislación española anterior a 1983 racial o religiosa, pero no son ajena a esta idea otras señas diferenciadoras, como las territoriales, históricas o lingüísticas, por ejemplo. Destruir total o parcialmente a los escoceses, catalanes, vascos o corsos por el mero hecho de serlo, sería, sin duda, un genocidio de grupos nacionales no necesariamente étnicos, con independencia de si ello se hiciera por motivo de su lengua, tradición, pretensiones territoriales o ideología, ya que lo decisivo es que la destrucción del grupo habría estado motivada, precisamente, por su pertenencia a tal grupo nacional cohesionado en torno a cualquier rasgo común diferenciador permanente.

De la misma manera, la definición de grupo nacional no excluye los casos en los que las víctimas son parte del propio grupo transgresor, es decir, los supuestos de "autogenocidio", como el caso de los asesinatos masivos de Kampuchea.

En el precitado "informe Whitaker" se resalta que "el genocidio no implica necesariamente la destrucción de un grupo entero (...) La expresión parcial del artículo 2 de la Convención parece indicar un número bastante elevado, en relación a los efectivos totales del grupo, o también una fracción importante de ese grupo, como la de sus dirigentes".

"(...) El grupo de las víctimas puede, de hecho, ser tanto minoritario como mayoritario en un país; (...) la definición no excluye el caso en que las víctimas pertenecen al mismo grupo al que pertenece el propio autor de la violación. El Ponente de las Naciones Unidas sobre los asesinatos en masa por los jemeres rojos en Kampuchea ha calificado esa matanza como "autogenocidio", expresión que implica una destrucción masiva en el interior del propio grupo de un número importante de ese grupo"; como ha dicho Pieter Drost ("The Crime of State, 11º Genocide. Leyden, A.W. Sythoff, 1959) "la más grave forma del crimen de genocidio es la destrucción deliberada de la vida física o psíquica de seres humanos tomados individualmente en razón de su pertenencia a una colectividad humana cualquiera en tanto que tal".

Concluye el documento que "para ser calificados de genocidio, los crímenes cometidos contra un cierto número de individuos deben apuntar a su colectivo o a ellos mismos en tanto que miembros o engranajes de ese colectivo".

La Carta del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg incluye entre los crímenes contra la humanidad que no es lo mismo que genocidio la "persecución por causas políticas raciales o religiosas en ejecución o conexión con cualquier crimen bajo jurisdicción del Tribunal".

Sin embargo, aunque está reconocido en la literatura internacional que históricamente la

destrucción de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos ha tenido una clara motivación política, y pese al antecedente de la Carta de Nuremberg, del análisis de las actas y trabajos sobre la Convención de 1948 se deduce claramente que la Sexta Comisión encargada de su elaboración excluyó conscientemente y después de un amplio debate los grupos políticos como objeto del delito de genocidio debido, fundamentalmente, a la oposición de la Unión Soviética. Esto no significa que quedara al margen del genocidio la destrucción de grupos por motivos políticos. Mucho más precisamente lo que esto significa es que esos motivos políticos tienen que concretarse en un grupo nacional, étnico, racial o religioso para que la conducta de su destrucción total o parcial pueda ser constitutiva de genocidio. Sin estas identidades añadidas, la destrucción de grupos ideológicos o políticos fue considerada ajena al delito de genocidio en la Convención de 1948.

En este mismo sentido, y de lege ferenda, el Borrador de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, cuyos artículos 1-20 y comentarios fueron aprobados el 5 de julio de 1996 por la Comisión "ad hoc" creada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en el contexto de la creación de un Tribunal Penal Internacional, actualmente en debate, incluye en su artículo 18 como crimen contra la Humanidad la "persecución por causas políticas, raciales, religiosas o étnicas", junto al asesinato, el exterminio, la tortura y la esclavitud, "cuando son cometidos de forma sistemática o a gran escala e instigados o dirigidos por un gobierno o por cualquier otra organización o grupo".

Sin embargo, esta remisión de la protección de los grupos políticos al ámbito del artículo 18, significa su exclusión expresa del ámbito del artículo 17, que regula el delito de genocidio, en los mismos términos de la Convención de 1948.

QUINTO.- Lo anterior se expone para expresar a continuación que el concepto de "grupo nacional" que aquí se defiende es ajeno al de "grupo político" e incluso "social", que ha desaparecido del artículo 607 del Código Penal español. La doctrina, cuando habla del genocidio nazi, indica que fue el resultado no de una guerra internacional, sino de una política calculada de muerte colectiva por un Estado y que supuso la "destrucción estructural y sistemática de personas inocentes por el aparato burocrático de ese Estado" (Irving Horowitz, *Taking Lives: Genocide and State Power*. New Brunswick Transaction Books, 1980). Algo muy aproximado puede decirse del genocidio argentino. En Argentina las Juntas Militares imponen en marzo de 1976, con el Golpe de Estado, un régimen de terror basado en la eliminación calculada y sistemática desde el Estado, a lo largo de varios años, y disfrazada bajo la denominación de guerra contra la subversión, de miles de personas (en la Causa ya constan acreditados la desaparición de más de diez mil), en forma violenta.

La finalidad de la dicha acción sistemática es conseguir la instauración de un nuevo orden --como en Alemania pretendía Hitler-- en el que no cabían determinadas clases de personas --aquellas que no encajaban en el cliché establecido de nacionalidad, occidentalidad y moral cristiana occidental--. Es decir, todos aquellos que, según la Jerarquía dominante, no defendían un concepto de ultranacionalismo de corte fascista de la sociedad, obedeciendo a "consignas internacionales como el marxismo o el ateísmo".

En función de este planteamiento se elaboró todo un plan de "eliminación selectiva" o por sectores de población integrantes del pueblo argentino, de modo que puede afirmarse, que la selección no fue tanto como personas concretas, ya que hicieron desaparecer o mataron a miles de ellas sin ningún tipo de acepción política o ideológica, como por su integración en determinados colectivos, Sectores o Grupos de la Nación Argentina, (Grupo Nacional) a los que en su inconcebible dinámica criminal, consideraban contrarios al Proceso.

En efecto, la selección para la eliminación física por sectores de población se distribuye de la siguiente forma, según los datos recogidos en el informe de la CONADEP (Comisión Nacional sobre la desaparición de personas: Nunca Más):

- Obreros 30,2%
- Estudiantes 21 %
- Empleados 17,9%
- Docentes 5,7%
- Autónomos y otros 5%
- Profesionales 10,7%
- Amas de casa 3,8%
- Periodistas 1,6%
- Actores y artistas 1,3%
- Religiosos 0,3%
- Personas subalterno de las Fuerzas de Seguridad 2,5%

El objetivo de esta selección, arbitrario en cuanto a las personas individuales, estuvo perfectamente calculado si se pone en relación con lo que era el objetivo del denominado "Proceso de Reorganización Nacional" basado en la desaparición "necesaria" de determinada "cantidad" de personas ubicadas en aquellos sectores que estorbaban a la configuración ideal de la nueva Nación Argentina Eran "los enemigos del alma argentina", así los denominaba el General Luciano Benjamín Menéndez, imputado en esta Causa, que, por alterar el equilibrio debían ser eliminados .

No es extraño, por tanto, que las víctimas fueran seleccionadas por su vinculación al grupo. Así, no sólo eran enemigos los que pertenecían a los grupos armados (Montoneros, ERP,...) o determinados líderes sindicales, políticos o estudiantiles lo que podría haber llevado a pensar que la actuación represiva era meramente política o ideológica--sino también todos aquellos que "cambian o deforman en los cuadernos de nuestros niños el verbo "amar"; los ideólogos que envenenan en nuestras Universidades, el alma de nuestros jóvenes, los aprendices de políticos que sólo ven en sus semejantes el voto que les permitirá acceder a sus apetitos materiales, los seudosindicalistas que reparten demagogia para mantener posiciones personales sin importarles los intereses futuros de sus representados ni de la Nación"; es decir, todos los que entorpecen el concepto "nacional" deben ser destruidos .

Manifestaciones como las del Teniente coronel Moreno se repiten desde la cúpula militar y la Presidencia de la República hasta los meros ejecutores del plan genocida. Así, se dice que "el teatro, el cine y la música constituyen un arma terrible del agresor subversivo)~; de modo que "es necesario destruir las fuentes de la subversión que se sitúan en las Universidades y en las Escuelas Secundarias".

SEXTO.- Una aplicación práctica de esta doctrina fue la tristemente famosa "Noche de los Lápices" . Según el relato que se contiene en el informe de la CONADEP, la noche del día 16 de septiembre de 1976 en la ciudad de La Plata fueron secuestrados por Fuerzas de Seguridad en sus respectivos domicilios siete jóvenes de entre 14 y 18 años que formaban parte de un grupo de dieciséis que habían participado en una campaña pro boleto escolar. "Cada uno de ellos fue arrancado de sus hogares-, porque la Policía de la Provincia de Buenos Aires había dispuesto un operativo de escarmiento para aquéllos porque la campaña era considerada por las Fuerzas Armadas como "subversión en las escuelas". Tres de los chicos fueron liberados; los cuatro restantes fueron eliminados después de padecer tormentos en distintos centros clandestinos de detención; otro ejemplo lo constituye la detención de doce jóvenes de 17 años y su tortura porque los padres protestaron por la expulsión del colegio por la decisión de un profesor (militar de la Marina) .

El testimonio de una niña de 14 años, secuestrada en su casa de la ciudad de Córdoba y llevada al centro clandestino "La Ribera", es especialmente duro: (entrada la noche, se acerca uno de los guardias y me amenaza con un arma, comenzando a desvestirme y manosearme. En ese momento me encontraba atada de pies y manos. Debido a la operación de tabique nasal, no podía respirar por la nariz sino sólo por la boca. El guardia colocó entonces su pene en mi boca. Comencé a gritar y se despertaron todos, lo que obligó al guardia a dejarme (...). En ese momento llegó otro guardia preguntando qué pasaba, a lo que contestó que yo era peligrosa porque había colocado bombas y tirado panfletos".

Otro, de la misma edad, relata cómo le colocaron la picana eléctrica en la boca, encías y genitales, cómo le arrancaron una uña del pie o cómo le sujetaban del cuello con una soga. Otro, Floreal Avellaneda, de 14 años de edad, fue asesinado y apareció en el Río de La Plata, en Uruguay, con las manos y piernas atadas, desnudado y con signos de haber sufrido graves torturas.

Estos son ejemplos de los casi 250 chicos y chicas que tenían entre 13 y 18 años, y que desaparecieron fruto de la represión; a los que hay que sumar los casi 500 niños que nacieron en cautividad o que fueron arrancados a sus familias secuestradas y entregados a personas elegidas como un método más de purificación familiar.

El denominador común de los miles de personas desaparecidas por la represión, entre los que hay que contar aquellas personas que procedían de otros países y que formaban grupos o familias nacionales --españoles, italianos, uruguayos, franceses, chilenos, etc--, era su pertenencia a un mismo grupo nacional: la Argentina. Todos integraban ese grupo nacional; todos eran argentinos; y a todos se les eliminaba en función de su prescindibilidad --decidida por los represores-- para "la nueva nación argentina". La teoría no es nada original, ya que hunde sus raíces en las doctrinas más puramente hitlerianas, aunque los métodos fueron más sofisticados y revestidos de cierta apariencia con la que cubrir las eventuales responsabilidades internacionales.

En este sentido, se enfoca la acción como una guerra interna contra la subversión y el terrorismo, con lo cual se pretendía eliminar toda interferencia externa que pudiera descubrir --incluso resultó desconocida para la mayoría de la población argentina-- el "autogenocidio" que se estaba produciendo a través del ejercicio y desarrollo del terror instalado en las propias instituciones del Estado.

Se toman las medidas necesarias y, como resalta el testimonio del Fiscal Sr. Strassera, se aplica el método --aquí sí-- del Decreto de Hitler de 1941 Nach Und Nebel (Noche y Niebla). Es decir, se trataba de que la familia, los amigos y el pueblo en general, desconocieran el paradero de las personas secuestradas y eliminadas. Para ello se acudía a su cremación en hornos o "parrillas" --como hacían en la Escuela Mecánica de la Armada, según el testimonio del imputado Scilingo-- o a la inhumación en cementerios sin identificación, o en cualquier lugar adecuado y que no fuera posible hallar. De esta forma nadie puede decir que "los subversivos" han sido detenidos sino que, más bien, como no patriotas, habían huido de Argentina.

Igualmente, se hacían improsperables los habeas corpus y, en todo caso, cuando aparecían los cuerpos, se simula que ha habido un enfrentamiento cuando en realidad simplemente se les ha ejecutado fría y calculadamente, (testimonio prestado en esta causa, entre otros, del militar Sr. Giordano, asistente a simulacros de fusilamiento del tipo descrito).

Esta situación ha llevado a que, aún hoy, no se haya podido establecer con seguridad el número exacto de víctimas, el paradero de las misma, la suerte que han corrido o el lugar de su inhumación.

SEPTIMO.- La cúpula militar que en 1975 prepara el golpe de Estado y los que lo ejecutan en Marzo de 1976 no sólo tienen como objetivo la destrucción parcial de la Nación Argentina (autogenocidio) que ya se ha tratado, sino que su conducta también estuvo guiada por otra finalidad cual es la destrucción sistemática de persona de una determinada ideología por su mera pertenencia a tal grupo ideológico.

En la discusión sobre los grupos objeto de genocidio en la Convención de 1948 se sostuvo por la mayoría de los participantes que los grupos ideológicos o políticos deberían ser tratados igual que los religiosos, pues ambos tienen una idea común (ideología) que une a sus miembros.

Los hechos ocurridos en Argentina entre los años 1976 y 1983 de los que forman parte los aquí investigados pueden ser subsumidos además de en la destrucción de un grupo nacional, en la destrucción de un grupo por motivos religiosos, equiparando esta conducta a la destrucción de un grupo religioso.

Esta vía no está exenta de dificultades, pero conforme avanza la investigación cada vez más se evidencia, por una parte que uno de los "Leif motiv" del accionar represor militar estuvo guiado por preservar lo que ellos denominaban la moral occidental y cristiana frente al internacionalismo y el marxismo, es decir frente al ateísmo; y por otra que, a parte de actitudes heroicas de algunos religiosos secuestrados y asesinados, la "doctrina oficial" de las jerarquías eclesiásticas fue consentidora y alentadora de la situación de facto que se estaba viviendo y de la que tenían conocimiento intenso y extenso, por la convivencia en estrecha relación con el Poder constituido y por el que les suministraban los detenidos-secuestrados a quienes se obligaba en determinadas fechas a concurrir a los oficios religiosos. Para comprobar esta afirmación basta con acudir a algunas de las situaciones recogidas en el informe de la CONADEP,--corroboradas por testimonios directos de víctimas prestados en este Juzgado--que demuestran la ambivalencia de los responsables de la represión y su ausencia de límites: "mientras se preconizaba aquello del "estilo de vida occidental y cristiano", el desprecio hacia la criatura humana fue constante" (pág. 347 apartado E. religiosos). Pero no sólo se trata de la información obtenida en los lugares de detención sino que también:

- a) En Marzo de 1976 el Almirante Mendoza, imputado en esta causa, arenga a sus oficiales en Puerto Belgrano en los albores del golpe de Estado advirtiéndoles que las órdenes de la cúpula militar son: "combatir todo lo que sea contrario a la ideología occidental y cristiana". Para ello, afirma, "contamos con el beneplácito de la Iglesia". El mismo Almirante Mendoza aprovecha la ocasión y les explica el método que deberá seguir la Armada en la "lucha contra la subversión". Así "se actuará con ropa de civil, en operaciones rápidas, interrogatorios intensos, práctica de torturas y eliminación física a través de acciones en aviones desde los cuales, en vuelo, se arrojarán los cuerpos vivos y narcotizados de las víctimas al vacío, proporcionándoles de esta forma 'una muerte cristiana'". Igualmente los niños que nazcan en cautividad serán arrancados de sus familias de origen y entregados a otras que representen y defiendan aquellos "valores occidentales y cristianos" y que serán recogidos en listas elaboradas por los represores. El mecanismo,--al que se refería el general Viola también imputado, cuando da la Orden de que "la evacuación de los detenidos se producirá con la mayor rapidez, previa separación por grupos: jefes, hombres, mujeres y niños, inmediatamente después de las capturas",--se parecía bastante al instaurado por las órdenes de Diciembre de 1941 y Febrero de 1942 del Mariscal alemán Wilhelm Keitel en las que se imponía el

desconocimiento del paradero de los detenidos y su muerte, -- sería interesante establecer, la estadística de los habeas corpus interpuestos por los familiares de detenidos y desaparecidos en Argentina, para comprobar la veracidad de la afirmación--, porque es imprescindible que la "familia del criminal y la población en su conjunto desconozcan la suerte que han corrido" de esa forma se conseguirá intimidar a aquellas al desaparecer y desvanecerse sin rastro los detenidos.

- b) En Abril de 1976, el entonces coronel Juan Bautista Sasaiñ, imputado en esta causa, y Jefe de la Policía Federal afirmaba que "el Ejército valora al hombre como tal, porque el Ejército es cristiano"
- c) El General Manuel Ibérico Saint Jean declara paladinamente que "El Estado debe definirse como custodio del repertorio de valores fundantes de la civilización cristiana y de la Nación Argentina"
- d) En 1977, el Almirante Emilio Massera, imputado en esta causa, expresa: "Nosotros, cuando actuamos como poder político seguimos siendo católicos, los sacerdotes católicos cuando actúan como poder espiritual siguen siendo ciudadanos. Sería pecado de la soberbia pretender que unos y otros son infalibles en sus juicios y en sus decisiones. Sin embargo, como todos obramos a partir del amor, que es el sustento de nuestra religión no tenemos problemas y las relaciones son óptimas, tal como corresponde a cristianos".
- e) En 1978, uno de los textos oficiales de la Escuela Superior de Guerra Argentina titulado "Lo nacional. El Nacionalismo" elaborado por su director el general Juan Manuel Bayón y corregido por el General Jorge Rafael Videla, ambos imputados, decía: .."El populismo, el clasismo y el socialismo son tres ejemplos de ideologías cuya infiltración en el nacionalismo argentino lo distorsiona, lo confunde, lo extravía Argentina no debe esperar nada del mundo exterior, que solo busca la entrega al marxismo de los países que confiesan a Cristo... En nuestros días se ha consumado lo peor que podía ocurrir y de más funestas consecuencias: la infiltración de las ideologías marxistas en el sentido nacional, y más aun en el nacionalismo argentino y en la Iglesia Católica Apostólica y Romana...".
- f) El General Jorge Rafael Videla en Abril de 1983 se refiere al Informe final sobre desaparecidos dado a conocer por la última Junta Militar, como "un acto de amor". Este mismo general -presidente de Argentina en la 1a. Junta Militar- decía "El terrorista no sólo es considerado tal por matar con un arma o colocar una bomba, sino también por activar a través de ideas contrarias a nuestra civilización occidental y cristiana".

OCTAVO - En línea con lo expuesto en el razonamiento anterior: equiparación entre destrucción de un grupo por motivos religiosos y destrucción de un grupo religioso, hay que señalar que está consolidada doctrinalmente la idea de que los términos "religión" o "creencia" comprenden las convicciones teísticas, no teísticas y ateas, según comentario al artículo 1º del Borrador de la Convención Internacional para la eliminación de toda forma

de Intolerancia y Discriminación basada en la Religión o creencia, aprobado por el Comité de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1967, recogido por toda la doctrina. Históricamente esta vía ha sido aplicada a la deportación masiva de niños tibetanos a centros chinos de formación marxista para sustraerlos a toda formación religiosa, (cfr. Le Tibet et La République populaire de China, en Revue de Droit Penal e Criminologie, Febrero de 1961. Pág. 541; también, La cuestión del Tibet y el Imperio de la Ley, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra 1959; todo ello citado por Javier Sáenz de Pipaón y Mengs, en Delincuencia Política Internacional. Especial consideración del delito de genocidio, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1973, pág. 152).

Aunque es verdad que en este supuesto se trataba claramente de un grupo nacional en el sentido tradicional de la expresión, con una clara identidad religiosa budista, no es menos cierto que la conducta se consideraba genocida en cuanto destrucción de un grupo por motivos ideológico-religiosos. Existe un gran paralelismo entre esta depuración ideológica religiosa de corte marxista oriental y la pretendida en sentido inverso por las Juntas Militares Argentinas instaladas en el poder Absoluto, tras el golpe de Estado de Marzo de 1976, según se desprende de todo el relato contenido en el razonamiento jurídico sexto y que sólo es una pequeña muestra del planteamiento de la cúpula militar. Es decir, se trata de combatir,---léase destruir, a la vista de lo realizado---, "todo lo que sea contrario a la ideología occidental y cristiana". En realidad esta es la mejor concreción del término "subversivo" utilizado por los exterminadores argentinos .

Esa destrucción va dirigida por tanto a la destrucción de un grupo cohesionado por su común ideología atea o no occidental ni cristiana, según los genocidas, es decir, por su ateísmo o no aceptación de la doctrina y creencias cristianas (lo de occidental, en realidad, es reiterativo). Por eso, es oportuno insistir en que en Argentina se trató de destruir, en sentido inverso al pretendido por los marxistas chinos, a quienes, según el criterio de los genocidas, no profesaban una ideología religiosa cristiana, sino no teísta o atea. El hecho de que existan niños desaparecidos que en Argentina fueron segregados de sus familias para que se desarrollaran en la ideología cristiana, en ver de en la atea o no cristiana de sus familias, según los genocidas, es un elemento esencial para la consolidación de la calificación de la conducta como genocidio de un grupo cohesionado, según los ejecutores de los delitos, por su discrepancia con la ideología religiosa cristiana.

Destruir a un grupo por su ateísmo o su común no aceptación de la ideología religiosa cristiana es, también, según esto, destrucción de un grupo religioso, en la medida en que, además el grupo a destruir se comporta técnicamente como objeto de identificación de la motivación o elemento subjetivo de la conducta genocida. Parece, en efecto, que la conducta genocida puede definirse tanto de manera positiva, en función de la identidad del grupo a destruir (musulmán, por ejemplo), como de forma negativa y, por cierto, de mayores pretensiones genocidas (todos los no cristianos, o todos los ateos, por ejemplo). Esta idea concluye, pues, que es genocidio de un grupo religioso la destrucción sistemática y organizada, total o parcial de un grupo por su ideología atea o no cristiana, es decir, para imponer una ideología religiosa cristiana.

NOVENO.- Una vez establecido que la conducta desarrollada por los imputados integra el delito de genocidio, corresponde ahora defender con argumentos la competencia de la jurisdicción española para entender sobre este hecho y derivadamente para investigar todos y cada uno de los supuestos que lo integran y que han servido para dar forma a esta conducta delictiva, (v.gr. asesinatos, detenciones ilegales, secuestros, torturas, sustracción de menores, lesiones, amenazas, coacciones, violaciones, etc). Otra cosa será que en sentencia se juzguen los mismos como elementos que definen materialmente la conducta de genocidio, o con autonomía por las reglas del concurso, solución esta última más

difícil al no tener cabida los supuestos enumerados salvo el de la tortura como se verá en el artículo 23.3 de la L.O.P.J. Pero ello no impide la instrucción por la primera vía ya que de otro modo quedarían inermes las figuras de genocidio y terrorismo .

La jurisdicción española para entender, investigar y enjuiciar el delito de genocidio al que se refiere este sumario está fuera de toda duda, en primer lugar por que, el artículo 336 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 vigente en el momento de ocurrir los hechos, concedía expresamente jurisdicción a los tribunales españoles para enjuiciar los delitos contra la seguridad exterior de Estado fuera de España y entre ellos se incluye en 1971 mediante Ley 47/71 de 15 de Noviembre que adicionó el artículo 137 bis el delito de genocidio como Delito contra el Derecho de Gentes. Este delito, no ha desaparecido, como ya se ha expuesto, sino que en la actualidad se ubica en el artículo 607 de I Código Penal entre los delitos contra la Comunidad Internacional.

Frente a este argumento no es válida la afirmación de que el delito de genocidio no estaba mencionado expresamente ya que ello no podía producirse por la simple razón de que en 1870 no existía. Sin embargo, si existía y estaba expresamente prevista la categoría delictiva de Delitos contra la Seguridad Exterior del Estado, de modo que la falta de definición del hecho no se precisa con tal de que, una vez tipificados entre en dicha categoría, lo que sucede en España en 1971, en fecha anterior a suceder los hechos objetos de investigación.

La voluntad del legislador penal de 1971 en relación a la persecución del delito de Genocidio era claramente universal en línea con doctrina sentada por El Estatuto del Tribunal de Nuremberg en su artículo 6 c), que define lo que se entiende por crimen contra la humanidad, y que ha sido aplicado en 1961 por el Tribunal de Distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel (Caso Eichmann); en 1971, por los Tribunales de Bangladesh en un caso de solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán "por actos de genocidio y crímenes contra la humanidad; en 1981, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos, en el asunto Menten; y, en 1983 por el Tribunal Supremo de Francia en el caso Barbie porque: la inculpación pertenece a " un orden represivo internacional al que le es fundamentalmente ajena la noción de frontera.

Ello es lógico por cuanto que si nos enfrentamos a hechos delictivos que la comunidad internacional reconoce como atentatorios a esa misma comunidad al atacar a los valores más elementales y a las mismas raíces que sostienen y constituyen la base sobre la que gira el concepto de la moderna comunidad internacional surgida de la 2a. Guerra Mundial, el delito que los integra ha de ser perseguido por cualquier país, con independencia del lugar en donde se haya cometido. Los conceptos de fronteras territorialidad y soberanía deben ser estudiados ante hechos de esta naturaleza en sentido positivo. Es decir, no en sentido obstaculizador de la investigación penal de unos hechos que traspasan cualquier frontera.

Esa vocación universal es la que lleva al legislador español a incluir, y, no por causalidad, el delito de genocidio entre los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado, para de esta forma posibilitar su persecución en todo caso. Esa tendencia legislativa se mantiene íntegra, y, se hace constar expresamente en el artículo 23.4 de la L.O.P.J. de fecha 1.7.85 que en este punto recoge ad integrum el artículo 336 de la Ley de 1870.

DÉCIMO.- En segundo lugar, no es preciso, aunque se haya argumentado como apoyo a la opción que realmente corresponde, acudir a la aplicabilidad de la Ley del Poder Judicial de 1870, entonces vigente, sino que la que corresponde aplicar es precisamente, la que el Ministerio Fiscal niega, es decir, la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio de 1985, del Poder Judicial.

Es sabido, en efecto, que, salvo que se establezca expresamente lo contrario, las leyes procesales se aplican desde el momento de su vigencia con independencia del de la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento, en virtud del principio "tempus regit actum" plasmado en el artículo 2.3 del Código Civil. No obstante, esta norma se altera en algunos supuestos, a la vista de que el artículo 9.3 de la Constitución prevé la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Además, el Tribunal Constitucional ha reiterado que "en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos" (cfr., por todas, STC 32/1987, de 12 Marzo). De acuerdo con ello se ha llegado a la conclusión de que las normas sobre prisión provisional, en la medida en que afectan al derecho a la libertad, o sobre prescripción deben aplicarse conforme al principio de la ley más favorable para el reo. Sin embargo, en el presente caso, no se produce tal situación, ya que tanto la Ley de 1870, (a partir de la introducción del genocidio en el Código Penal en 1971), como la de 1985 prevén la jurisdicción española para el enjuiciamiento de los delitos de genocidio, por lo que, al no haber discrepancia al respecto, no existe una ley más favorable que otra para el reo y no decae, en consecuencia, el principio "tempus regit actum". Por tanto, la Ley orgánica del Poder Judicial aplicable es, sin duda, la vigente en la actualidad.

En cuanto al argumento del Fiscal relativo a la jurisdicción de un tribunal internacional, según a su entender, se deduce del artículo 6 de la Convención de 1948, en absoluto es consistente frente a una legislación interna que en todo momento ha mantenido la jurisdicción española para esta clase de delitos, sobre todo habida cuenta de que no existe tal corte penal internacional competente y los Tribunales argentinos aseguran la no persecución de estos hechos, por lo que no se plantea conflicto jurisdiccional alguno.

Pero, además, absolutamente todos los tratadistas reconocen la vigencia directa del principio internacional de protección universal en materia de jurisdicción sobre los delitos de genocidio. Así, en relación al artículo 6 de la Convención de 1948 sobre genocidio. "Más allá de ese artículo VI de la Convención sobre genocidio, que se mantiene en la teoría de la jurisdicción concurrente ..., todo Estado puede afirmar su jurisdicción cuando el crimen en cuestión es una de las especies de genocidio. Hay ciertamente amplios precedentes para tal regla en derecho internacional, tales como el tratamiento desde hace mucho tiempo de los "comunes enemigos de la humanidad" (hostes humani generis) o principios internacionales dentro del ámbito de la 'jurisdicción universal'" (Cherit Bassioni. International Criminal Law-Crimes, 1986, pág. 274).

Puede concluirse, que la jurisdicción universal es indiscutible como único medio de evitar las graves dificultades que supone la extradición en estos casos. Si esto es así en función del Derecho Internacional, cuanto más ha de serlo en el caso de España, en el que su legislación interna reconoce su jurisdicción universal sobre los delitos de genocidio desde el primer momento en el año 1971. En esta misma línea no es defendible con mínima seriedad el argumento que utiliza el Ministerio Fiscal de que el artículo VI del Convenio de Prevención y Represión del genocidio de 9.12.48 excluye la persecución y enjuiciamiento de éste fuera del país donde se comete, por un Tribunal Internacional. Tal afirmación choca con toda la doctrina expuesta y con las normas emanadas de organismos internacionales y Tribunales Internacionales.

En efecto, además de lo expuesto conviene recordar que el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya tiene establecido que los principios en que se basa el convenio para la Prevención y la represión del genocidio son principios reconocidos por las naciones civilizadas, como obligatorios para los Estados, incluso al margen de todo vínculo convencional. De tal modo no puede ser contraria al Convenio la decisión del legislador español de instaurar -desde antiguo- el principio de persecución universal porque con ello

están dando fiel cumplimiento a todo el conjunto de principios que informen dicho convenio y que le hacen formar parte del derecho internacional consuetudinario, como resalta el Informe del Secretario General de Naciones Unidas de 3 de Mayo de 1993.

No cabe la violación de un Convenio cuando la legislación interna lo que hace es dar más protección aun. Por lo demás y según se ha dicho antes no cabe posibilidad de colisión al haber manifestado las Autoridades Argentinas su firme voluntad de no juzgar tales hechos y de no cooperar con España, (Decreto del Presidente de la República de Argentina Carlos Saúl Menem de 26 de Enero de 1998 n° 111), y no existir el Tribunal Internacional que entienda de tales hechos.

UNDÉCIMO.- En el capítulo de la tortura, ésta se practicó sistemáticamente sobre todos y cada uno de los detenidos ilegalmente entre 1976 y 1983, bien para extraer información, bien para lograr una confesión, bien para que descubrieran sus bienes y efectos, que después le eran sustraídos, o, bien por mera残酷 y tormento, practicando sobre sus cuerpos y mente una constante acción de destrucción física, anímica y psíquica que les llevaba a desear permanentemente la muerte .

En este sentido los detenidos permanecen siempre "tabicados", es decir encapuchados, con el fin de hacerles perder toda noción de espacio y tiempo; están permanentemente con grilletes en manos y pies; reciben sesiones de picana eléctrica, que consiste en la aplicación de electrodos en encías, lengua, vagina o testículos; se les cuelga en las paredes o se les ata a unas mesas metálicas; se les identifica con un número se les golpea sistemática y "científicamente". Todas las acciones de tortura eran supervisadas por personal médico con la que se procura mantener vivo al detenido-torturado y se le suministra la cantidad de dolor que puede soportar. Asimismo se produce múltiples agresiones sexuales y violaciones sobre los detenidos. Un trato especialmente inhumano lo tendrán los detenidos que además eran de religión judía. Consta acreditado, que en los centros de detención un elevado número de militares alardeaban y hacían gala de un adoctrinamiento hitleriano y antisemita a la vez que aplicaban esta doctrina practicando con los judíos sistemas de tortura especialmente inhumanos como el "rectoscopio", al que se refiere el informe de la CONADEP, consistente en la introducción de un tubo metálico en el ano o vagina de la víctima y una vez dentro introducir en el mismo una rata.

El roedor penetra hasta el final del tubo y al buscar la salida muerde y destroza los órganos internos de la víctima; o bien son sometidos a tratos sumamente degradantes, como el obligarles a levantar la mano y repetir "yo amo a Hitler", o pintarles una svástica con aerosoles en la espalda como sistema para ser identificados y golpeados más fácilmente, u obligarles a hacer el gato y maullar, o el perro y ladrar, -si no lo hacían a gusto del guardia, éste le golpeaba- o lamer las botas del guardia, entre otras. Todo lo anterior queda debidamente acreditado en la causa mediante los testimonios prestados y las documentales incorporadas.

DUODÉCIMO.- El delito de tortura se introduce en el Derecho penal español, aunque sin identificarlo así, por Ley orgánica 31/78 de Julio en el artículo 204 bis del Código Penal dentro de los delitos contra la Seguridad Interior Estado; actualmente se incluye en Título independiente en los artículos 731, 74 del Código Penal. En esta materia ha de tenerse en cuenta,--a efectos de la consideración de la tortura como delito de persecución universal , el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16.12.66, ratificado por España el 27.4.77 que prohíbe la tortura; los tratos inhumanos y degradantes; el artículo 5.1. c) de la convención contra la tortura y otros tratos o Penas crueles inhumanos y degradantes aprobado el 10 de Diciembre de 1984 en New York y ratificado por España el 21 de 1987, establece en su artículo 5.1.c) que establece que "Todo Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el articulo 4 cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este

lo considere apropiado"; el artículo 3 de las Cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de Julio de 1949 ratificadas por España que se refiere a las normas básicas aplicables a todo conflicto armado, incluyendo en ellas los no internacionales o internos que prohíben en cualquier tiempo y en cualquier lugar la torturas y los tratos inhumanos. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg; el artículo 5.e) del Estatuto del Tribunal para la Ex-Yugoslavia creado en 1995. Por su parte el artículo 23.4q) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.7.85. dispone que es competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, como delito y que "según los Tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido" por España.

Finalmente el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.66 después de establecer el principio de legalidad afirma que "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 de derecho reconocidos por la comunidad internacional" ..

Por tanto, el mandato está contenido en la legislación internacional, la tipificación en el Código Penal desde 1978 y la norma procesal en la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable con base a dichos convenios internacionales y por el principio procesal tempus regit actum. En todo caso, y ante la dificultad que podría presentar el artículo 9.3 de la CE., los hechos integrantes de las torturas, necesariamente, deber ser investigados--a partir de su tipificación como delito en Julio de 1978-- , como uno de los instrumentos a través de los cuales se ha ejecutado el delito de genocidio cometido y que aquí se investiga (artículo 607 Código Penal en relación con el 135 bis del Código Penal texto refundido de 1973).

DECIMOTERCERO.- Respecto al delito de terrorismo (artículos 571,572,577 en relación con el artículo 515.2 y 516 del Código Penal en relación con los artículos 173, 174 y 174 bis b) del Código Penal derogado) los razonamientos del Ministerio Fiscal no son atendibles por varias razones:

a) De orden sustantivo.- En este sentido se discrepa profundamente de la interpretación restrictiva que el Ministerio Fiscal hace de los requisitos que un hecho ha de reunir para ser tipificado como delito de terrorismo en nuestro derecho penal.

1.- Parece claro que el elemento teleológico exigido por el Código Penal español, -- subvertir el orden Constitucional o alterar gravemente la paz pública--, no debe entenderse como orden constitucional o paz pública españolas por cuanto ello impediría la persecución de todo delito de terrorismo cometido fuera de España en abierta contradicción con la vocación universal proclamada por el artículo 23.4 de la L.O.P.J. Por el contrario ha de referirse a un orden constitucional equivalente al español, es decir, e! que exige que ~<el Estado sea Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la Justicia, la igualdad y el pluralismo político-, que proclama el artículo número 1 de nuestra Constitución. Es decir, precisamente el que se cercenó de forma ilegal e ilegítima por las Juntas Militares con el Golpe de Estado en Argentina el 24 de Marzo de 1976. Por tanto, puede afirmarse que tal actuación delictiva en si misma considerada, constituye el primer atentado a la paz pública y al orden constitucional argentino, y, determina que el elemento teleológico concurre en toda su extensión.

2.- Respecto al elemento de la concreción delictiva, no existe duda alguna por cuanto se desarrolla todo el catálogo de delitos al que se refiere el Código Penal y que integran los delitos de terrorismo (incendios, asesinatos, lesiones, torturas, detenciones ilegales,

desapariciones, etc...).

3.- Finalmente, en cuanto al elemento objetivo de que exista organización terrorista o banda armada, podrían contestarse los argumentos del Ministerio Fiscal afirmando que en todo caso puede acudirse al artículo 577 del Código Penal (antiguo artículo 174 bis b) Código Penal derogado) que presupone la inexistencia de organización terrorista o banda armada y de esta forma quedar solucionada la cuestión, sin embargo, es preciso resaltar desde el punto de vista del Instructor, no asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando afirma la imposibilidad de comisión del delito porque no puede considerarse organización toda la estructura militar argentina .

En principio tal afirmación puede chocar con algunas resoluciones judiciales en las que se defiende la posibilidad contraria, --ejercicio del terror en cualquiera de sus manifestaciones, por ejemplo, formación de una banda armada, secuestro de una persona desde el poder constituido-- , pero, sobre todo, lo que desvela el desconocimiento de la causa y de la historia ya que consta acreditado en la una y en la otra que la cúpula militar argentina en 1976, quebrantando todas las normas incluso las dictadas por ellos tras el golpe de Estado- concibieron un sistema y desplegaron un plan de terror exhaustivo contra la propia nación Argentina y con el fin de instaurar un Nuevo Orden. Para llevarlo a cabo no sólo utilizaron las vías 'legales'; sino que también acudieron profusamente a las ilegales a través de la creación de los denominados "escuadrones de la muerte", formados por personal civil o paramilitar; o los denominados "grupos de tareas" formados por militares y civiles que actuaban clandestinamente; o de "organizaciones terroristas de extrema derecha como la Triple A (AAA). Todos ellos, actuando coordinadamente y con el auxilio de los cuerpos y fuerzas militares, de seguridad e inteligencia que buscaban los objetivos, o "limpiaban" la zona para impedir interferencias en los operativos en los que se secuestraba, mataba, incendiaba, extorsionaba, robaban a las víctimas.

En conclusión, las acciones aquí investigados, además de constituir presuntamente un delito de genocidio también pueden integrar el de terrorismo practicado desde el Estado, con los medios del Estado, utilizando las estructuras de las Administración y empleando para ejecución a militares, personal civil, organizaciones terroristas y grupos armados, todos ellos dirigidos y coordinados dentro del esquema general que guiaba el llamado Proceso de reorganización nacional diseñado por los responsables militares que propiciaron el golpe de Estado de 24.3.76 y que ejecutaron minuciosamente durante los años de la dictadura hasta 1983.

DECIMOCUARTO.- b) En el orden procesal.- Una vez razonado el aspecto sustantivo conviene analizar ahora, si la jurisdicción española es competente para la investigación de estos hechos. Como precedente y en lo que sea de aplicación se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Marzo de 1993. Es cierto que la L.O.P.J. de 1870 vigente hasta 1985, no contemplaba como delitos objeto de nuestra jurisdicción el terrorismo fuera de España, pero también lo es que a partir de 1973 y hasta la reforma del Código Penal de 1988, con algunos intervalos, 1980, los delitos relacionados con la actividad terrorista han estado fuera del Código Penal.

Esto explicaría que el Código de Justicia Militar, en virtud de modificación introducida por la Ley 42/1971 de 15 de Noviembre introdujera los artículos 294 bis a), b), c), d) y e) en los que se definían las conductas más características de las actividades terroristas, y, atribuyera por lo que aquí interesa, a la jurisdicción ordinaria las actividades terroristas episódicas e individuales, y, las de más consistencia ejecutadas por grupos u organizaciones con vocación de permanencia, a la Jurisdicción Militar, y, según el artículo 17 del Código de Justicia Militar con aplicación del principio de persecución universal: "Serán juzgados en España por la Jurisdicción Militar los españoles o extranjeros que cometieran en país extranjero un delito de los comprendidos en este

Código o en otras leyes penales militares".

Por tanto, si los delitos de terrorismo no estaban previstos, en la ley Provisional del Poder Judicial, porque en ese momento todavía no se había acuñado el concepto jurídico de terrorismo, habrá que acudir necesariamente a la única norma que contenía disposiciones sustantivas -cuando se tipifican- y procesales para establecer el precedente inmediato del artículo 23.4 de la L.O.P.J. de 1985 que en este caso no es el artículo 336 de la Ley de 1870, sino el Código de Justicia Militar modificado por la ley de 1971 y mientras que, en lo procesal no fue derogado.

Como ya se ha expuesto al tratar el tema del genocidio, el artículo 23.4 de la L.O.P.J contiene una norma de carácter estrictamente procesal y, por tanto, sometida al principio "tempus regit actum". Pero no es menos cierto que el artículo 9.3 de la Constitución prohíbe la aplicación retroactiva de cualquier disposición restrictiva de derechos individuales. Se trata, en consecuencia, de analizar si el artículo 23.4 de la LOPJ restringe o no, algún derecho individual.

El derecho a ser juzgado por la Jurisdicción competente es un derecho individual y, por tanto, la disposición que atribuye una nueva jurisdicción inexistente en momento de comisión de los hechos es restrictiva de ese derecho y no puede aplicarse retroactivamente.

Pero, como antes se ha visto tal situación no se presenta en este caso, el que si existe una Ley (Código de Justicia Militar) que prevé la persecución universal de los delitos de terrorismo, con lo cual queda cubierto el requisito y la ausencia de quiebra del precepto constitucional citado (artículo 9.3 CE) y, resulta de aplicación el artículo 23.4. de la L.O.P.J.

DECIMOQUINTO.- En cuanto a la aplicación del artículo 23 2c) de la LOPJ de 1985, cuyo precedente se encuentra en los artículos 337 y 338 de la Ley Provisional de 15 de Septiembre de 1870, a parte de lo expuesto en el Auto de 28 de Junio de 1996, decir que

- a) no es este el momento procesal para plantearlo;
- b) Las leyes denominadas de Punto Final y obediencia debida --de alcance limitado-- en cuanto a hechos y personas no comprenden los delitos de genocidio ni de terrorismo, el primero de los cuales es conceptualizado como crimen contra la humanidad y, por tanto imprescriptible (artículo 131 del Código Penal).
- c) No puede vincular a la Justicia española habida cuenta que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe los indultos generales.
- d) El Código Penal y la doctrina del Tribunal Supremo no admite la obediencia como causa de justificación frente a órdenes ilegales.
- e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe nº 28 de 2 de Octubre de 1992 ha resuelto que los efectos de las leyes de obediencia debida y Punto Final así como el Decreto de indultos del Poder Ejecutivo, número 1002 de 7 de Octubre de 1989 establece que tales normas han impedido la investigación y sanción de los responsables, cómplices y encubridores y un adecuado resarcimiento de las víctimas por lo que "las Leyes 23492 y 23.521 y el Decreto 1002/89 son incompatibles con el artículo XVII (derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" y "recomienda al gobierno de Argentina la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos

humanos ocurridos durante la pasada Dictadura Militar". En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Es decir, tales normas constituyen manifestaciones flagrantes de Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Argentina, por lo que no puede argumentarse que estas normas, no reconocidas por los organismos citados, deben de serlo por la Justicia española sometida al principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española) y del cual forma parte la legislación Internacional ratificada por España y el Derecho de los Tratados. No debe olvidarse por último que nos encontramos ante delitos cuyos efectos todavía permanecen, habida cuenta de que: a) existen miles de personas desaparecidas, entre ellas cientos de españoles, sino conocerse su paradero actual o si están muertos, y, tampoco dados oficialmente como tales;

b) Existen, alrededor de 500 niños, que contarán en la actualidad, la mayoría, con más de 18 años, cuyo paradero se desconoce y cuya detención y desaparición participan de la naturaleza jurídica del delito permanente. Entre estos se encuentran varios hijos de españoles desaparecidos.

c) En la actualidad se está investigando la presencia de, entre tres y cinco niños de los mencionados en España en pieza separada del procedimiento;

d) Asimismo se está indagando la conexión existente entre el asesinato de la Sra. de Molfino ocurrido en Madrid y las actividades de determinados imputados de la ESMA aparentemente vinculados con tales hechos en 1981.

e) Por último también se están investigando diversos aspectos económicos que tienen su origen en los hechos acontecidos entre 1976 y 1978 en Argentina objeto de esta causa y su presunta vinculación o efectos con/en España y otros países como Suiza.

Todas estos hechos son competencia de la jurisdicción española y por tanto, deben ser investigados en esta causa, sin que a ninguno de ellas haga referencia el Ministerio Fiscal, por lo que, ha de entenderse que también para estos pide la conclusión y archivo.

Por todo lo anterior y en aplicación de lo establecido en el artículo 65 3) y artículo 88 de la LOPJ y demás de general aplicación,

DISPONGO

1º.- Desestimar la petición del Ministerio Fiscal formulada en escrito de 20 de Enero de 1998 y a la que se ha adherido la defensa del Sr. Scilingo.

2º.- Mantener la competencia de la jurisdicción española en el marco de la instrucción a que se contrae este procedimiento y por tanto la de este Juzgado Central de Instrucción, según lo expuesto en esta resolución.

3º.- Ratificar todos y cada uno de los autos de imputación y de prisión dictados

4º.- Mantener vigentes las órdenes de detención internacionales libradas.

5º.- Continuar la tramitación de la causa que, quedará sobre la mesa para decidir sobre los procesamientos solicitados.

Así lo manda y firma el lltmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional, doy fe E/

DILIGENCIA; seguidamente se cumple lo acordado.

Juicio por los Desaparecidos Españos en Argentina
DDHH en Argentina | Desaparecidos



Este documento es publicado en la internet por [Equipo Nizkor](#) y [Derechos Human Rights](#)