

# TERRORISMO Y CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL RELATIVA A LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA NACIONALISTA VASCA ETA

CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad Rey Juan Carlos*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ATENTADOS COMETIDOS A PARTIR DEL 1 DE OCTUBRE DE 2004 Y SU INVOCACIÓN COMO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. 1. El Auto de 9 de julio de 2015, del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 (Diligencias Previas, Procedimiento abreviado 89/2013-doc. 125). 2. El Auto de 27 de octubre de 2015 de procesamiento de cinco integrantes de la cúpula de la organización terrorista nacionalista vasca ETA. 3. El Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3. III. ATENTADOS COMETIDOS ANTES DEL 1 DE OCTUBRE DE 2004 Y SU INVOCACIÓN COMO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. 1. Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000). 1.1. *El parámetro interpretativo: el crimen de lesa humanidad.* 1.2. *Los elementos del crimen de lesa humanidad.* 2. La Comisión Rogatoria internacional cursada desde Argentina. 2.1. *Valoración de la respuesta del órgano judicial español a la luz de las obligaciones internacionales contraídas por España en materia de derechos humanos.* IV. CONCLUSIONES.

## **Palabras clave**

*Terrorismo; Crimen de lesa humanidad; Justicia universal; Audiencia Nacional; Argentina.*

## **Resumen**

*Distintos Autos emitidos desde la Audiencia Nacional en relación con querellas interpuestas por particulares y asociaciones de víctimas del terrorismo contra miembros de la organización terrorista nacionalista vasca ETA y contra dirigentes de su brazo político (Herri Batasuna) rechazan que el terrorismo sea un crimen de lesa humanidad. Este trabajo, por el contrario, sostiene que sí lo son toda vez que los atentados y conductas en cuestión reúnen los elementos exigidos por este crimen internacional al ser cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.*

*Todo ello en relación con atentados cometidos tanto antes como después del 1 de octubre de 2004, fecha de la entrada en vigor de la reforma que incluyó el crimen de lesa humanidad en el art. 607 bis del Código Penal español (como consecuencia de la ratificación del Estatuto de la CPI por España).*

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, y sobre la base del art. 607 bis del Código Penal (en adelante CP) que tipifica el crimen de lesa humanidad<sup>1</sup>, diferentes organizaciones españolas de víctimas del terrorismo así como algunas víctimas en su calidad de particulares han entablado acciones en sede de la Audiencia Nacional persiguiendo el procesamiento de integrantes de las sucesivas cúpulas o direcciones de la organización terrorista vasca ETA por la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Como es sabido, dicha tipificación es consecuencia directa de la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>2</sup> (en adelante ECPI), cuyo art. 7 reconoce la competencia de la Corte sobre este crimen internacional, por lo que la ratificación del ECPI obligó a España a incorporar en el Código Penal el delito de lesa humanidad que hasta entonces no estaba tipificado<sup>3</sup>; reforma que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. En consecuencia, y en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal más desfavorable, sólo son perseguibles los hechos susceptibles de ser calificados como crímenes de lesa humanidad cometidos a partir de esa fecha.

Sobre la base del citado art. 607 bis CP, las acciones emprendidas en sede de la Audiencia Nacional tanto por organizaciones españolas de víctimas del terrorismo como por algunas víctimas en su calidad de particulares se han caracterizado por tener por objeto:

- a integrantes de las cúpulas o direcciones de la organización terrorista ETA en relación con atentados cometidos a partir del 1 de octubre de 2004;
- a integrantes de las cúpulas o direcciones de la organización terrorista ETA en relación con atentados cometidos antes del 1 de octubre de 2004. En este caso, el rechazo de la Audiencia Nacional a tal pretensión sobre la base del principio

<sup>1</sup> El art. 607 bis dice: «1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 2.º 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. 2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: ...».

<sup>2</sup> El Estatuto fue ratificado el 19 de octubre de 2000, entrando en vigor de forma general y para España el 1 de julio de 2002. *Vid.* el texto en *BOE*, núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

<sup>3</sup> Esta tarea se llevó a cabo mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que añadió el art. 607 bis (*BOE*, núm. 283, de 26 de noviembre de 2003). Al respecto *vid.* V. BOU FRANCH, «Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español», en la obra colectiva de C. RAMÓN CHORNET (coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 293-340.

de irretroactividad penal toda vez que el crimen de lesa humanidad, como se ha dicho, no es operativo en España sino desde el 1 de octubre de 2004 (fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica que lo introdujo) ha dado lugar a que la asociación española *Dignidad y Justicia* haya planteado su acción ante los tribunales argentinos sobre la base del principio de justicia universal<sup>4</sup>. Se da así la paradoja de que, a diferencia de lo que sucedía en España hasta la última modificación de la LO del Poder Judicial<sup>5</sup> en relación con el principio de justicia universal, son ahora tribunales de otros Estados los que en virtud de ese mismo principio se declaran competentes para enjuiciar actos criminales cometidos en España por ciudadanos españoles.

En relación con atentados cometidos por la organización terrorista ETA *a partir del 1 de octubre de 2004* y su invocación como crímenes de lesa humanidad examinaremos los autos dictados hasta la fecha, relativos a dos causas distintas. De un lado, el Auto de 9 de julio de 2015, dictado por el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 D. Juan Pablo González González<sup>6</sup>; el Auto de procesamiento del mismo Magistrado, de 27 de octubre de 2015, en el que ordena el procesamiento de cinco integrantes de la cúpula de la organización terrorista ETA<sup>7</sup>; el Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz (quien sucedió en dicho Juzgado al Magistrado D. Juan Pablo González González) que estima el recurso de reforma de uno de los procesados por considerar no probado su pertenencia a la cúpula de la organización terrorista<sup>8</sup>; y, por último, el Auto de 28 de septiembre de 2016, de la Sala de lo Penal, Sección 2, de la Audiencia Nacional, que confirma el Auto de la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz y declara el sobreseimiento provisional de la causa para ese procesado<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Hechos objeto de la Comisión Rogatoria 25/2016 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 6 Secretaría núm. 12 de la ciudad Autónoma de Buenos Aires (República Argentina). El autor posee copia.

<sup>5</sup> Realizada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (BOE, núm. 63, de 14 de marzo de 2014).

<sup>6</sup> Diligencias Previas, Procedimiento abreviado 89/2013-doc. 125. El autor posee copia. *Vid.* el texto en [www.poderjudicial.es/.../2015-07-10%20AUTO%20ETA%20LESA%20HUMANIDA](http://www.poderjudicial.es/.../2015-07-10%20AUTO%20ETA%20LESA%20HUMANIDA)

<sup>7</sup> El autor posee copia. *Vid.* el texto en [http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnnextoid=fe47f386944a0510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=d060f20408619210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es\\_ES](http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnnextoid=fe47f386944a0510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=d060f20408619210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES)

<sup>8</sup> El autor posee copia. Sumario (Proc. Ordinario) 03/2015-doc. 677. *Vid.* el texto en <http://www.abokatuak.eus/wp-content/uploads/2016/10/Auto-JCI-3-20-abril-2016.pdf>

<sup>9</sup> El autor posee copia. *Vid.* el texto en <http://www.abokatuak.eus/wp-content/uploads/2016/10/Auto-Sec-2-AN-28-septiembre-2016.pdf>

Por otra parte, y en relación con atentados cometidos por la organización terrorista *ETA* antes del 1 de octubre de 2004, examinaremos dos autos. En primer lugar, el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000) que tiene por objeto el recurso de apelación contra el Auto de 13 de enero de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional (Procedimiento Ordinario núm. 2/2000) que acordó «no haber lugar a trámite la querrela formulada... por delitos de lesa humanidad en relación con el delito de asesinato de Luis Portero García cometido en Granada el día 9 de octubre de 2000»<sup>10</sup>.

Este Auto presenta un interés especial desde la perspectiva del presente trabajo ya que concluye que no se trata de un crimen de lesa humanidad, criterio que es seguido a pies juntillas y reiterado en el Auto citado anteriormente de 20 de abril de 2016, dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 en otro procedimiento diferente.

En segundo término, analizaremos el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de 31 de octubre de 2016, relativo a la Comisión Rogatoria 25/2016 consecuencia del procedimiento iniciado ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 6 Secretaría núm. 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (República Argentina) como consecuencia de la acción emprendida allí por la asociación *Dignidad y Justicia* contra «los responsables de los hechos que provocaron la muerte de 379 ciudadanos españoles, víctimas de los delitos de asesinato y lesa humanidad cometidos por la organización terrorista *ETA*»<sup>11</sup>.

## II. ATENTADOS COMETIDOS POR LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA NACIONALISTA VASCA *ETA* A PARTIR DEL 1 DE OCTUBRE DE 2004 Y SU INVOCACIÓN COMO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

### 1. El Auto de 9 de julio de 2015, del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 (Diligencias Previas, Procedimiento abreviado 89/2013-doc. 125)

Este Auto es consecuencia de las querrelas formuladas por la *Asociación Dignidad y Justicia* por la presunta comisión de un delito de genocidio por parte de la organización terrorista *ETA*. Excluida esta hipótesis por el Magistrado<sup>12</sup> éste concluye, sin embargo, que «si es posible, sostener indiciariamente, la existencia de un delito de lesa humanidad

<sup>10</sup> El autor posee copia.

<sup>11</sup> El autor posee copia.

<sup>12</sup> Razonamiento jurídico segundo, penúltimo párrafo: «En cualquier caso, los diferentes colectivos de víctimas de *ETA* no pueden ser considerados grupo nacional o de parte de un grupo nacional, pues en el País Vasco, víctimas y victimarios comparten la misma identidad nacional y tan españoles son unos como otros».

prevista en el art. 607 bis del código penal (sic) que contempla la comisión de delitos de asesinato, traslado forzoso, deportación, entre otros, cuando dichos delitos se cometan como parte de un ataque generalizado contra la población civil o parte de ella, siendo éste el elemento que los convierte en crímenes contra la humanidad»<sup>13</sup>. Y ello, porque:

*«en el caso de los crímenes de ETA concurren prima facie dichos elementos o circunstancias, pues los hechos delictivos se cometen como parte de un ataque sistemático contra una parte de la población civil, constituidos por colectivos que son perseguidos por razones políticas e ideológicas, cuya eliminación o expulsión del territorio mediante la coacción o el terror, son considerados por la organización estratégicamente necesarios para la consecución de sus objetivos políticos»*<sup>14</sup>.

Eso sí, únicamente respecto de los hechos posteriores al 1 de octubre de 2004 toda vez que sobre la base del principio de legalidad *«el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles»*<sup>15</sup>. Más todavía, el principio de legalidad *«impide, pues, la aplicación directa del derecho (sic.) Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del art. 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no es más favorable»*<sup>16</sup>.

## 2. El Auto de 27 de octubre de 2015 de procesamiento de cinco integrantes de la cúpula de la organización terrorista ETA

En este Auto, que se dicta a continuación del anterior, el mismo Magistrado acuerda declarar el procesamiento de cinco máximos responsables de la organización terrorista ETA a los que atribuye la autoría de un total de 25 *«muertes alevosas»* y considera *«constitutivos de delitos de lesa humanidad previstos y penados en el art. 607 bis del código penal»* los hechos descritos en los antecedentes de su resolución al haber sido cometidos *«en razón de la pertenencia de las víctimas a un grupo colectivo perseguido por razones políticas, étnicas, religiosas»*<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Razonamiento jurídico tercero, párrafo primero.

<sup>14</sup> *Ibid.*, último párrafo.

<sup>15</sup> Ya que *«es siempre 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»* (Razonamiento quinto, párrafo cuarto). La negrita es del original.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párrafo sexto. Y en consecuencia acuerda: *«Librese oficio a los servicios de información de la policía nacional y guardia civil a fin de que informen a la brevedad posible sobre la existencia de causas abiertas en relación a los delitos de asesinato o secuestro que pudiera haber sido cometidos por miembros de la organización terrorista ETA desde el uno de octubre de 2004, aportando número de sumario, diligencias y juzgado en el que se encuentra, así como que identifiquen a los integrantes de los órganos directivos de dicha organización desde esa fecha, precisando los correspondientes periodos»* (párrafo tercero del apartado titulado «Acuerdo»).

<sup>17</sup> Razonamiento jurídico segundo, párrafo segundo. Sobre las consecuencias de la violencia de persecución practicada por la organización terrorista ETA en el País Vasco existe una amplia obra científica.

## Previamente el Magistrado considera

«indiciariamente acreditados los siguientes hechos»:

- La estrategia de ETA y la persecución sistemática de amplios sectores de la población como medio para alcanzar sus fines<sup>18</sup>;
- La existencia de grupos y colectivos concretos víctimas «*contra cuyos representantes o miembros ETA ha dirigido su actividad terrorista*», caracterizados por «*su posicionamiento ideológico o adscripción a actividades o sectores institucionales, políticos, ideológicos, profesionales o sociales que a juicio de la banda terrorista impedían o dificultaban el desarrollo de su proyecto político, económico y social*»<sup>19</sup>;
- «*La violencia de ETA tiene bajo su punto de mira a numerosos colectivos que, a la luz de las atrocidades cometidas por los terroristas, están sometidos a lo que se denomina violencia de persecución*»<sup>20</sup>;

Así, por ejemplo, I. SÁEZ DE LA FUENTE ALDAMA, *Misivas del terror. Análisis ético-político de la extorsión de ETA contra el mundo empresarial*, 2.ª ed., Deusto-Marcial Pons, Madrid, 2017; F.J. LLERA, R. LEONISIO, «La estrategia del miedo. ETA y la espiral del silencio en el País Vasco», *Informe del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 1, febrero 2017; R. LÓPEZ ROMO, *Informe Foronda. Los efectos del terrorismo en la sociedad vasca*, ed. Catarata, Madrid, 2015; M. PAGA ZAURTUNDUA, *Los profesores de la UPV/EHU frente a ETA. Informe*, UPyD, Madrid, 2015; O. BENUZARTEA, *Memorias de la violencia: profesores, periodistas y jueces que ETA mandó al exilio*, ed. Almuzara, Córdoba, 2014; Gesto por la paz, *Ante la violencia de persecución*, 2000. Documento online disponible en <http://www.gesto.org/archivos/201401/2000-contra-vp.pdf?1>; J.M. CALLEJA, *La diáspora vasca*, El País-Aguilar, Madrid, 1999.

<sup>18</sup> Con el fin de «generar una situación insostenible para el Gobierno de España que le obligara a negociar políticamente con la banda terrorista y finalmente aceptar sus pretensiones. Para generar dicha situación de terror en la población vasca y española, la actividad delictiva de ETA, complementaria y apoyada por las actividades del resto de organizaciones del llamado MNLV, se dirige principalmente a la eliminación física (asesinato) el amedrentamiento (mediante amenazas, extorsiones, presiones sociales de todo tipo y los atentados dirigidos a causar estragos materiales) de aquellas personas representativas, tanto de las instituciones del Estado como de sectores muy determinados de la sociedad vasca y española (grupos políticos, ideológicos, profesionales, económicos y sociales), que se caracterizaban por su oposición al proyecto político y social propugnado por la banda terrorista y su entorno, y que por ello suponían un obstáculo para la consecución de sus objetivos» (*ibid.*, hecho segundo, punto 1, último párrafo).

<sup>19</sup> Hecho segundo, punto 2, párrafo segundo. Añadiendo que «ese clima de acoso, miedo e inseguridad en la sociedad vasca y española que ETA y su entorno generan con su actividad terrorista» es corroborado por informes de instituciones que defienden los derechos humanos, entre los que cita al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa (*vid. Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos sobre su viaje a España y, en particular, al País Vasco, del 5 al 8 de febrero de 2001*, disponible en la página web del Consejo de Europa: [www.coe.int](http://www.coe.int)) y al Defensor de la Comunidad Autónoma del País Vasco («Ararteko»). De éste *vid. Ararteko, Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi*, 2009.

<sup>20</sup> *Ibid.*, hecho segundo, punto 3, párrafo primero. Sobre este particular la organización pacifista Gesto por la Paz, en el informe elaborado sobre la violencia de persecución en el País Vasco consecuencia de la acción terrorista de ETA y de su entorno, señala: «La violencia de persecución constituye una utilización sistemática de la violencia callejera, el acoso, la amenaza, la agresión u otros medios, incluido el asesinato, para señalar, perseguir, hostigar y aislar a determinadas personas por el hecho de defender públicamente sus planteamientos ideológicos, por su condición de representante de los ciudadanos o por el libre ejercicio de su profesión.» (Gesto

— ETA es una organización jerarquizada y compartimentada cuyos más altos cargos jerárquicos «*han tenido un alto nivel de capacidad decisoria, tanto en la determinación de la estrategia general como en la aprobación y ejecución de tácticas y actuaciones concretas*»<sup>21</sup>.

El Magistrado afirma:

«*Como se ha señalado, con la eliminación física de las personas que se oponían a sus objetivos, o la intimidación o coacción ejercida contra las mismas en razón de su pertenencia a un grupo o colectivo perseguido, lo que buscaba ETA era crear un clima de temor e inseguridad que anulara política y socialmente a los sectores de la sociedad a los que estas personas pertenecían. Fuera de las víctimas indiscriminadas, es claro que la inmensa mayoría de las personas asesinadas por ETA pertenecían a los colectivos amenazados y precisamente por esa razón de pertenencia es por la que fueron asesinados*»<sup>22</sup>.

Y estima que

«*en el caso de autos, la violencia de la banda terrorista de ETA debe ser considerada una “violencia de persecución”, lo que supone un ataque generalizado o sistemático contra una parte de la población civil que responde a la estrategia diseñada por la banda para neutralizar a quienes aparecen como un obstáculo para la consecución de sus objetivos políticos, y a partir de la ejecución de dicha estrategia se identifican las víctimas que lo son por la única razón de su pertenencia a los grupos y colectivos perseguidos*»<sup>23</sup>.

Apreciados los elementos que caracterizan al crimen de lesa humanidad, el Auto aborda la cuestión de la

«*autoría mediata por dominio de la organización*» que, precisa, en la jurisprudencia española «*todavía no ha sido aplicada a los máximos dirigentes de ETA, máximos responsables detrás de los cuales se encuentran más de 326 asesinatos que todavía permanecen impunes*»<sup>24</sup>; concluyendo que en el caso de autos concurren «*cuántos requisitos deben de ser exigidos para considerar que nos encontramos ante un supuesto de autoría mediata por dominio de la organización: la existencia de una efectiva jerarquía/subordinación en que el autor mediato ejerce un poder de mando, la fungibilidad del autor inmediato a disposición de la organización, y la alta disponibilidad de los ejecutores fungibles para llevar a cabo las políticas de la organización de las que el autor mediato es consciente y se aprovecha sabiendo que todos sus órdenes/instrucciones en la línea de la estrategia fijada por la organización serán ejecutados sin posibilidad de discusión por los autores materiales, que se limitan a cumplir las órdenes recibidas*»<sup>25</sup>.

por la paz (2000): Ante la violencia de persecución. Documento online disponible en <http://www.gesto.org/archivos/201401/2000-contra-vp.pdf?1>, p. 3).

<sup>21</sup> *Ibid.*, hecho segundo, punto 4, párrafo sexto. Completan estos hechos los puntos 5 («Aproximación a las principales cúpulas de ETA durante el periodo investigado») y 6 («Principales atentados cometidos durante el periodo investigado»).

<sup>22</sup> *Ibid.*, Razonamiento Jurídico tercero, párrafo segundo.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Razonamiento Jurídico tercero, último párrafo.

<sup>24</sup> Figura que, «*como una variante más de la autoría mediata... ha recibido una amplia acogida por la doctrina penal alemana y europea*» (*ibid.*, Razonamiento Jurídico cuarto, párrafo tercero).

<sup>25</sup> Razonamiento Jurídico quinto, último párrafo. Es más, «*En el caso que nos ocupa, existen elementos que permiten considerar, en primer lugar, la existencia de una estructura real de dominio dentro de una organización jerárquica que define entre sus medios de acción la comisión de delitos contra terceros, adoptando un régimen interno*

En vista de todo ello, el Auto acuerda declarar procesados a las cinco personas concernidas. Una de ellas, recurrirá el procesamiento; recurso de reforma que da lugar al Auto que examinamos a continuación, emitido esta vez por un magistrado distinto (que sustituye al anterior en el mismo Juzgado)<sup>26</sup> y que constituye un giro radical a la construcción anterior toda vez que, al mismo tiempo que estima el recurso por considerar no probado la pertenencia de aquel a la cúpula de la organización terrorista, se apoya en un Auto de la Sala de lo Penal, Sección Tercera de la Audiencia Nacional<sup>27</sup> para, reproduciendo sus mismos términos, afirmar que los delitos en cuestión no son crímenes de lesa humanidad y que el terrorismo tampoco lo es.

### 3. El Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3

Este Auto es dictado por la Magistrado-Juez que sustituye en el mismo Juzgado al autor de los dos anteriores. Estima el recurso de reforma formulado por el procesado y acuerda dejar sin efecto respecto de él el auto de procesamiento dictado por el Magistrado anterior al que sustituye en dicho Juzgado ya que dicho Auto

*«no exterioriza, en los términos exigidos, los elementos que han llevado al anterior Instructor a considerar que Aitor Elizaran pudo cometer el delito indiciariamente imputado, pues una genérica remisión o transcripción de informes policiales en ningún modo puede entenderse como mínima motivación autorizante de tan grave resolución»<sup>28</sup>.*

---

*equivalente a la disciplina militar. En segundo lugar, que los máximos dirigentes de los aparatos político y militar de ETA en el periodo investigado tuvieron conocimiento del plan de los delitos cometidos durante su periodo de dirección, impartiendo a los autores materiales las correspondientes instrucciones y habiendo también podido intervenir antes de la ejecución para evitar el resultado, lo que aparece con alta probabilidad respecto de atentados de especial significación como el de la T 4 del aeropuerto de Barajas, con que pone fin a la tregua, del ex concejal del Partido Socialista Benito, días antes de las elecciones, o del empresario Genaro, vinculado a las obras del tren de alta velocidad, que en modo alguno pudieron ser ejecutados sin que los autores materiales recibieran órdenes concretas y precisas de los máximos dirigentes de la organización terrorista, quienes en cualquier caso pudieran haber intervenido antes de la comisión de los hechos impidiendo su ejecución» (ibid., Razonamiento Jurídico quinto, párrafo primero. Los nombres utilizados en el Auto son ficticios, no correspondiendo a las personas concernidas).*

<sup>26</sup> Audiencia Nacional, Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, Sumario (Proc. Ordinario) 03/2015 - doc. 677.

<sup>27</sup> Es el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000).

<sup>28</sup> Audiencia Nacional, Auto de 20 de abril de 2016. Juzgado Central de Instrucción núm. 3 (citado *ut supra* en nota 2). Razonamiento jurídico quinto. Auto que es confirmado por la Sala de lo Penal, Sección 2, mediante Auto de 28 de septiembre de 2016 y que declara el sobreseimiento provisional respecto del investigado en cuestión (Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2, Procedimiento de origen: Sumario 03/2015).

Pero lo relevante de este Auto a los efectos del presente trabajo es que, a continuación y sin venir al caso toda vez que acababa de concluir la revocación del auto de procesamiento anterior por falta de pruebas, afirma que el terrorismo no constituye un crimen de lesa humanidad. Lo hace, reproduciendo lo manifestado en ese sentido por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional en el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016 en una causa diferente. Lo examinamos a continuación.

### III. ATENTADOS COMETIDOS ANTES DEL 1 DE OCTUBRE DE 2004 Y SU INVOCACIÓN COMO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

#### 1. Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000)

Este Auto tiene por objeto el recurso de apelación contra el Auto de 13 de enero de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional (Procedimiento Ordinario núm. 2/2000) que acordó *«no haber lugar a trámite la querrela formulada... por delitos de lesa humanidad en relación con el delito de asesinato de Luis Portero García cometido en Granada el día 9 de octubre de 2000»*<sup>29</sup>.

Se trata de un asesinato cometido por la organización terrorista vasca ETA con anterioridad a la tipificación del crimen de lesa humanidad en el Código Penal español; tipificación que, como ya hemos señalado, tuvo lugar como consecuencia de la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La conclusión a la que llega este Auto (desarrollada a lo largo del Razonamiento Jurídico cuarto, titulado *«Disimilitudes entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes terroristas»*) es que el terrorismo **no** es un crimen de lesa humanidad. En nuestra opinión, tal conclusión se haya condicionada por el modo en el que la Sala de lo Penal aborda el problema. Esto es, en lugar de analizar si el delito de asesinato que motiva la querrela puede ser constitutivo de un delito de lesa humanidad al tratarse *«de un asesinato selectivo como parte y en un contexto persecutorio de crímenes de lesa humanidad... a fin de proceder a la investigación y condena de los jefes de ETA responsables de tal política de asesinatos»*<sup>30</sup> —en el caso de que se dieran los elementos que caracterizan a este delito— la Sala de lo Penal se dedica a comparar los crímenes de lesa humanidad con los de terrorismo lo que le lleva a concluir —equivocadamente en nuestra opinión— que el terrorismo **no** es un crimen de lesa humanidad.

<sup>29</sup> El autor posee copia. *Vid.*

<sup>30</sup> Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000), p. 3.

Esta interpretación que viene repitiéndose en distintos fallos judiciales en el seno de la Audiencia Nacional tiene su origen en ese punto de partida: abordar si el terrorismo constituye un crimen internacional o un crimen de lesa humanidad, en lugar de abordar si los atentados cometidos por ETA son subsumibles dentro del catálogo de conductas constitutivas de crimen de lesa humanidad al concurrir los elementos requeridos por ese tipo penal: ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

La primera opción, suele ser excluida por los órganos judiciales españoles tanto sobre la base de la inexistencia de una definición internacional de «terrorismo»<sup>31</sup> como de la inexistencia de tal crimen en la lista de crímenes de la competencia de la CPI enumerados en su Estatuto<sup>32</sup>. En nuestra opinión, existen argumentos para sostener la tesis contraria pero hasta el momento no han sido utilizados<sup>33</sup>.

Excluida la consideración del terrorismo como crimen internacional, las decisiones judiciales dictadas hasta la fecha analizan si es un crimen de lesa humanidad y las que lo excluyen llegan a tal conclusión sobre la base de comparar ambos crímenes (terrorismo y

<sup>31</sup> Así, en el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000) cuando afirma: «*Si bien es cierto que el terrorismo supone una violación especialmente grave que puede afectar a la comunidad internacional en su conjunto, y aunque tenga una evidente relevancia transnacional, no cumple con los criterios básicos expuestos para identificar un crimen internacional: no cuenta con una definición clara y compartida,...*» (p. 17).

<sup>32</sup> Que sólo incluye los crímenes internacionales de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión.

<sup>33</sup> Sí existen definiciones de lo que es un acto terrorista así como catálogos de conductas calificadas como terrorismo. Respecto a lo primero, y en el plano de la ONU, es el caso de la contenida en el punto 3 de la Resolución 1566 (2004) adoptada, además, en el marco del Capítulo VII y por lo tanto obligatoria para todos los Estados. En ella, el Consejo de Seguridad:

«3. *Recuerda que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza.*»

Además, algunas conductas que los Estados tienen la obligación de tipificar como delitos en sus ordenamientos internos aparecen enumeradas por referencia a los tratados internacionales en materia de terrorismo relacionados en el anexo de esta Resolución.

En cuanto al catálogo de conductas calificadas como terrorismo, respecto de los Estados Miembros de la *Unión Europea*, las mismas están enumeradas en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo (*DOUE*, L 88, de 31 de marzo de 2017).

lesa humanidad) en lugar de considerar si los comportamientos incriminados (asesinatos, etc.) —y atribuibles no sólo a sus autores materiales sino también a las sucesivas cúpulas de la organización terrorista ETA que los ordenaron— reúnen las características que conforman los crímenes de lesa humanidad.

En otros términos, que el terrorismo no se encuentre entre los crímenes internacionales de competencia de la CPI enumerados en su Estatuto y que no exista una definición «clara y compartida» de terrorismo a nivel internacional (como señala el Auto) no significa que el mismo no sea un crimen internacional<sup>34</sup>. Desde otra perspectiva, aunque se aceptara —por los motivos antes indicados— que el terrorismo no es un crimen internacional nada impide concluir que muchas de las conductas que forman parte del crimen de terrorismo **son** también (si reúnen los requisitos exigidos al efecto) crímenes de lesa humanidad, como concluyen tanto la doctrina como la jurisprudencia internacionales<sup>35</sup>.

En nuestra opinión, esta interpretación acorde con los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia<sup>36</sup> permitiría no sólo abordar muchos de los crímenes de la organización terrorista ETA todavía impunes sino, también, hacer efectiva la responsabilidad penal de los responsables máximos de la organización terrorista a lo largo de su dilatada actividad criminal; responsables que escogieron, planificaron y ordenaron tales crímenes. Sería el caso, por ejemplo, de los cerca de 350 asesinatos de ETA todavía sin resolver<sup>37</sup>;

<sup>34</sup> Los actos jurídicos enumerados en la nota precedente, que obligan a los Estados a tipificar tales conductas como delitos en sus ordenamientos internos, constituyen prueba de ello.

<sup>35</sup> Así lo considera el que fuera Presidente de la CPI, Ph. Kirsch: «aunque el Estatuto no comprenda el terrorismo entre los delitos que dependen de su competencia, este crimen podría ser considerado como un crimen contra la Humanidad del tipo de los previstos en el art. 7 del Estatuto de la CPI por lo que, *a priori*, nada puede obstaculizar el que la CPI pueda conocerlos, a reserva, naturalmente de que se den los otros elementos de competencia» de este Tribunal Internacional (Ph. KIRSCH, «Terrorisme, crimes contre l'humanité et Cour pénale internationale», en la obra colectiva de S.O.S. Attentats, *Livre Noir*, Paris, 2002, p. 111).

<sup>36</sup> Derechos a los que alude la propia AN en su Memoria 2014: «*Los derechos a la verdad y a la memoria aparecen inexorablemente vinculados a este tipo de víctimas así como a otras de violaciones de derechos humanos en abundantes instrumentos internacionales e incluso en nuestro propio Ordenamiento Jurídico (...). Además, España ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho a la verdad en su intervención desarrollada en la Sesión 15 de la Convención sobre Terrorismo, tortura y pena de muerte, celebrada en Varsovia el 2 de octubre de 2013, en la que nuestras autoridades defendieron la necesidad de la adopción por los Estados de unas líneas directrices y un catálogo de derechos de las víctimas del terrorismo, incluyendo la reparación e indemnización, la protección de la dignidad, la seguridad y la vida privada, la asistencia en el proceso penal, el derecho a la justicia, a la verdad y a la memoria*» (AN, Memoria 2014, p. 54 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/Actividad-de-la-AN/Memoria-de-la-AN/>)).

<sup>37</sup> Un Informe de Fiscalía de la AN de inicios de 2017 «*concluye que los atentados mortales en los que no se ha podido exigir responsabilidades criminales a sus autores y/o cómplices ascienden a 224, de los que 128 fueron cometidos en el período 1978–1982, 83 entre noviembre de 1982 y marzo de 1996, 12 entre abril de 1996 y marzo de 2004, y 1 entre abril de 2004 y diciembre de 2011. Según datos de la Fiscalía, en esos 224 atentados fueron asesinadas 297 personas*» (Fundación Víctimas del Terrorismo, núm. 58, marzo 2017, p. 22). También en [fundacionvt.org](http://fundacionvt.org).

todos ellos ordenados por las sucesivas direcciones de dicha organización terrorista. Y esto, no sólo desde 2004 sino también con anterioridad<sup>38</sup>.

### 1.1. *El parámetro interpretativo: el crimen de lesa humanidad*

A los efectos tanto de determinar si los crímenes de la organización terrorista nacionalista vasca ETA constituyen o no crímenes de lesa humanidad, como de evaluar la interpretación contenida en el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000) y si la misma se corresponde con la noción que de tales crímenes realiza tanto el Derecho Internacional como nuestro ordenamiento interno, estimamos oportuno recordar brevemente la definición que de tales crímenes realiza el art. 7 ECPI; artículo que codifica el Derecho internacional al respecto y que es citado y empleado por los distintos autos dictados hasta la fecha en sede de la Audiencia Nacional en relación con la citada organización terrorista<sup>39</sup>.

De conformidad con ella:

«1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) *asesinato;*
- b) *exterminio;*
- c) *esclavitud;*
- d) *deportación o traslado forzoso de población;*
- e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) *tortura;*
- g) *violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;*
- h) *persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho*

<sup>38</sup> Como hizo la Sección Tercera de la Audiencia Nacional en su Sentencia 16/2005, de 19 de abril de 2005, en la que se condenaba al militar argentino Adolfo Scilingo como «autor responsable de un delito de lesa humanidad» a pesar de que en la fecha en que fueron cometidos (1975) «no eran delitos internos» en España y aceptó el Tribunal Supremo en su Sentencia 798/2007, de 1 de octubre, que analizó el recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional anteriormente citada.

<sup>39</sup> *Vid. in extenso* O. TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2<sup>nd</sup>. Edition, München, 2008. En particular, pp. 159-273. En la doctrina española *vid.* V. BOU FRANCH, «Crimes against humanity in contemporary International Law», en la obra colectiva de A. Constantinides; N. Zaikos (eds.), *The Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, M. Nijhoff, Leiden, Boston, 209, pp. 547-580; M. TORRES PÉREZ, *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

- i) *desaparición forzada de personas*;
- j) el crimen de apartheid;
- k) «*otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*»<sup>40</sup>.

Como ya hemos señalado, para concluir si el delito de asesinato que motiva la querrela puede ser constitutivo de un delito de lesa humanidad al tratarse «*de un asesinato selectivo como parte y en un contexto persecutorio de crímenes de lesa humanidad... a fin de proceder a la investigación y condena de los jefes de ETA responsables de tal política de asesinatos*», el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000) opta por comparar los crímenes de lesa humanidad y los de terrorismo, lo que le conducirá a rechazar que el asesinato en cuestión sea un crimen de lesa humanidad.

Como también hemos señalado, la conclusión a la que llega el Auto es la consecuencia lógica del método empleado: comparar el terrorismo y el crimen de lesa humanidad. En nuestra opinión, por el contrario, el modo de proceder hubiera debido ser otro: apreciar si la conducta en cuestión (el asesinato de una persona en el caso concreto) es cometida en el contexto descrito por el art. 7 ECPI; artículo utilizado por el propio órgano judicial. Esto es, «*como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*». De ser así, no estaríamos ante un «*acto aislado*» (en palabras de la Sala) de terrorismo sino ante una conducta —es una más— que forma parte de otras enumeradas en este mismo art. 7, que son realizadas por la organización terrorista ETA como parte de ese «*ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*» y, por lo tanto, ante un crimen de lesa humanidad.

En nuestra opinión, ese modo de proceder hubiera podido conducir a concluir que el asesinato sobre el que versa el Auto no sólo **NO** es un «*acto aislado*» de terrorismo (un asesinato más) sino que, por el contrario, se trata de un asesinato que se sitúa en la línea de los asesinatos y atentados anteriores de la misma organización terrorista (en este caso contra un miembro de la Administración de Justicia), dentro de la estrategia de dicha

<sup>40</sup> Ponemos en cursiva conductas practicadas por la organización terrorista ETA. Precisadas las conductas, se trataría de determinar si las mismas han sido cometidas «*como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*». De ser así, estaríamos ante crímenes de lesa humanidad independientemente de que también fueran delitos de terrorismo en el orden interno. En esta línea, las obligaciones a cargo de los Estados de la Unión Europea de tipificar como delitos de terrorismo las conductas enumeradas tanto en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo (*DOUE*, L 88, de 31 de marzo de 2017).

organización y cometido «*como parte*» del «*ataque generalizado o sistemático contra una población civil*» que desde su creación ETA —y todos sus integrantes— ha llevado a cabo «*con conocimiento de dicho ataque*».

Sin embargo, al comparar ambas conductas, el Auto incurre en una interpretación del terrorismo poco acorde con la figura del crimen de lesa humanidad:

«Aun cuando consideremos que el terrorismo es una forma de ataque letal, que puede afectar a un número elevado de víctimas, y que puede tener un carácter transnacional, ello por sí sólo no sirve para hacerle partícipe de las características técnicas que configuran los crímenes de lesa humanidad. El número elevado de víctimas no convierte un atentado terrorista en un crimen de lesa humanidad, sino que el dato clave a estos efectos es la vinculación entre el sujeto activo del delito a una organización idónea para generar el ataque en cuestión (elemento político), dentro a su vez de una acción generalizada o sistemática (elemento contextual). *El elemento determinante en los crímenes de lesa humanidad es el desafío real a las instituciones, que se acredita por su capacidad generadora de más crímenes similares que provoca reacciones en cadena, ya que no sólo el peligro perpetrado se incrementa, sino que también esa participación en el ataque crea una atmósfera (incita) a los crímenes de otros, y no esa superioridad relativa propia que existe entre la organización terrorista y la víctima*»<sup>41</sup>.

## 1.2. *Los elementos del crimen de lesa humanidad*

### 1.2.1. *Ataque*

De conformidad con el art. 7 ECPI el crimen de lesa humanidad requiere que las conductas constitutivas del mismo sean cometidas «*como parte de un ataque*» (generalizado o sistemático<sup>42</sup>) contra la población civil.

A la hora de precisar lo que se entiende por tal «*ataque*» el art. 7.2.a) ECPI señala que:

«*a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.*»

Por si hubiera duda sobre la interpretación anterior en el sentido de que el término «*ataque*» no tiene por objeto el ataque armado (puede haberlo o no, pero el ataque armado

<sup>41</sup> Audiencia Nacional, Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, Juzgado Central de Instrucción núm. 2, (Sumario 22/2000) Razonamiento Jurídico cuarto, párrafo segundo, p. 11 (*Vid.* El texto íntegro del auto en [http://estaticos.elmundo.es/documentos/2016/04/08/auto\\_eta\\_lesa\\_humanidad.pdf](http://estaticos.elmundo.es/documentos/2016/04/08/auto_eta_lesa_humanidad.pdf)). La cursiva es nuestra. Como hemos visto en las páginas precedentes, el «*elemento determinante*» en el crimen de lesa humanidad es el ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de ese ataque. Nada que ver, por lo tanto, con «*el desafío real a las instituciones*» (cf. M. TORRES PÉREZ, *cit.*, pp. 112-131).

<sup>42</sup> Este elemento lo analizaremos en el epígrafe siguiente.

no es constitutivo del crimen de lesa humanidad), nada mejor que recurrir a los «*Elementos de los Crímenes*»<sup>43</sup>, de conformidad con los cuales:

«3. Por “ataque contra una población civil” en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del art. 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la “política... de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil»<sup>44</sup>.

Por lo tanto, para que se dé un crimen de lesa humanidad no es *conditio sine qua non* el «ataque armado» sino, como ha señalado la jurisprudencia internacional, «una línea de conducta que implica la comisión de actos de violencia»<sup>45</sup>, toda vez que el ataque puede no tener lugar en el contexto de un ataque armado.

En segundo término, esa línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos enumerados en el art. 7.1 ECPI y que constituye el «ataque» requiere, además, que dicha comisión se lleve a cabo «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política», requisito que ciertamente se da respecto de los cometidos por la organización terrorista ETA.

Desde la perspectiva del presente trabajo, interesa subrayar que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos por *actores no estatales*, como es el caso de organizaciones terroristas. Así se desprende tanto de la propia definición de crimen de lesa humanidad (art. 7.1 ECPI) como de los «*Elementos de los Crímenes*» que sirven para su interpretación como, también, de la precisión realizada en la nota de pie de página que acompaña al párrafo 3 de la Introducción al art. 7 ECPI de los «*Elementos de los Crímenes*», ya citada<sup>46</sup>.

Pero no sólo de ahí. También de los trabajos de la CDI relativos al *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996), en relación con el cual ha manifestado:

«la segunda condición exige una actuación “instigada o dirigida por un gobierno o por la organización política o grupo”. Esa instigación o dirección necesaria puede provenir de un gobierno o de una organización o grupo. La alternativa tiene por objeto excluir el caso de que

<sup>43</sup> Que son los «que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6, 7 y 8 del presente Estatuto,...» (art. 9.1 ECPI).

<sup>44</sup> Párrafo 3 de la Introducción al art. 7 de los «*Elementos de los Crímenes*». Y en nota a pie de página al final de ese párrafo se añade: «La política que tuviera a una población civil como objeto de ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización».

<sup>45</sup> TIPY, Judgement in the Case *the Prosecutor v. Mladen Naletitic (aka «Tuta») and Vinko Martinovic (aka «Stela»)* (Case No. IT-98-34-T), de 31 de marzo de 2003, parágrafo 233.

<sup>46</sup> Vid. *ut supra* nota 43.

una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno, o de un grupo u organización. Este tipo de conducta criminal aislada de una sola persona no constituiría un crimen contra la humanidad. Sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos previstos en el art. 18 —relativo al crimen de lesa humanidad—. La instigación o dirección por un gobierno o por *cualquier* organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y *hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado*<sup>47</sup>.

Sorprende por ello la interpretación contenida en el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000) cuando —al abordar esta cuestión en relación con crímenes cometidos por la organización terrorista nacionalista vasca ETA— califica e incluye como *«elemento determinante de los crímenes de lesa humanidad»* el desafío real a las instituciones —desafío que provoca reacciones en cadena—, creando una atmósfera que incita a los crímenes de otros; elementos todos ellos inexistentes en el crimen de lesa humanidad<sup>48</sup>.

Pero lo que sorprende todavía más es que este mismo criterio sea reiterado en otro Auto posterior, de 20 de abril de 2016, (esta vez en una causa distinta en la que también se invocaba la comisión de crímenes de lesa humanidad)<sup>49</sup>. Máxime, cuando este último se emite en recurso al Auto de procesamiento, de 27 de abril de 2015, del Juzgado de Instrucción núm. 3, de la Audiencia Nacional (ya examinado) que realizaba un análisis exhaustivo de los crímenes de la organización terrorista ETA para determinar si reunían o no la condición de crímenes de lesa humanidad y concluía que sí:

*«En una aproximación apriorística los hechos descritos en los Antecedentes de la presente resolución serían constitutivos de delitos de lesa humanidad previstos y penados en el art. 607 bis del código penal*

<sup>47</sup> CDI, *Informe sobre la labor realizada en su 48.º periodo de sesiones*, párrafo 5 del Comentario al art. 18 (UN.doc. A/51/10, p. 102 y s.). En el Proyecto de 1991 ya había manifestado lo siguiente: «importa destacar que el artículo —en aquel momento el 21— no se limita a señalar como autores posibles de los crímenes previstos en el mismo a los funcionarios o representantes de un Estado. Si bien es cierto que éstos, a causa de su posición oficial, tienen realmente amplia oportunidad de cometer los crímenes penados por el artículo, no es menos cierto que el artículo no excluye la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a que se refiere este artículo» (CDI, *Informe sobre la labor realizada en su 43.º periodo de sesiones*, párrafo 5 del Comentario al art. 21 (UN.doc. A/46/10, p. 287)). La cursiva es nuestra.

<sup>48</sup> La cita literal dice: *«El elemento determinante en los crímenes de lesa humanidad es el desafío real a las instituciones, que se acredita por su capacidad generadora de más crímenes similares que provoca reacciones en cadena, ya que no sólo el peligro perpetrado se incrementa, sino que también esa participación en el ataque crea una atmósfera (incita) a los crímenes de otros; y no esa superioridad relativa propia que existe entre la organización terrorista y la víctima»* (vid. ut supra nota 41).

<sup>49</sup> Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 3, Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez Carmen Lamela Díaz.

*que contempla la comisión de delitos de asesinato, traslado forzoso, deportación, entre otros. Cuando dichos delitos se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o parte de ella, y en todo caso, si los hechos se cometen en razón de la pertenencia de las víctimas a un grupo colectivo perseguido por razones políticas, étnicas, religiosas. En este caso éste es el elemento que los convierte en crímenes contra la humanidad de los que serían autores los procesados...»<sup>50</sup>.*

### 1.2.2. Generalizado o sistemático

En relación con estos elementos contextuales del crimen de lesa humanidad el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000), también contiene una interpretación que nada tiene que ver con la categoría del crimen de lesa humanidad y que podría deberse al modo en el que el órgano judicial aborda la cuestión. Esto es, comparando el terrorismo y el crimen de lesa humanidad en lugar de analizar si los actos terroristas cometidos por la organización terrorista vasca ETA reúnen o no los elementos del crimen de lesa humanidad. De reunirlos, serían crímenes de lesa humanidad. De no reunirlos, no lo serían aunque sí serían delitos de terrorismo.

Así, contrariamente a lo señalado tanto en el ECPI, en los *«Elementos de los Crímenes»*, como por la CDI en sus trabajos relativos al *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, en su Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional afirma:

«Para que se pueda hablar de un “ataque generalizado” en los términos del art. 7 ECPI, es preciso que se cuente con la tolerancia de los aparatos de poder, o con la existencia de una organización capaz de aprovechar ese descontrol por parte de aquellos en un territorio concreto. *El terrorismo es un acto, no un “ataque generalizado”* sin unidad a priori, y por tanto, sin la capacidad de emanar ese elemento contextual, ya que se agota en sí mismo por su carácter azaroso»<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción núm. 3, Auto de 27 de octubre de 2015, dictado por el Magistrado Juan Pablo González González (*vid.* el texto en [www.poderjudicial.es/.../2015-07-10%20AUTO%20ETA%20LESA%20HUMANIDAD](http://www.poderjudicial.es/.../2015-07-10%20AUTO%20ETA%20LESA%20HUMANIDAD)). Este magistrado es sustituido en dicho Juzgado por la Magistrado-Juez Carmen Lamela Díaz, quien dicta el Auto ya citado de 20 de abril de 2016 en el que opta por la interpretación excluyente del crimen de lesa humanidad contenida en el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000); interpretación que, en nuestra opinión, no se ajusta a los parámetros interpretativos que este crimen tiene en el plano internacional tal y como estamos analizando.

<sup>51</sup> Audiencia Nacional, Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, (Sumario 22/2000), p. 11 s. La cursiva es nuestra. Por el contrario, para la CDI, «este requisito «alternativo» exige la comisión a gran escala, lo que quiere decir que los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. Este requisito excluye el acto inhumano aislado cometido por un autor por su propia iniciativa y dirigido contra una sola víctima —el acto aislado del que habla el Auto—. El Estatuto de Nuremberg tampoco incluía este requisito. No obstante, el tribunal, al examinar los actos inhumanos como posibles crímenes de lesa humanidad subrayó también que la política de terror «se realizó sin duda a enorme

Y añade:

«El marco cualitativo superior de los crímenes de lesa humanidad, implica sostenibilidad en el tiempo y un peligro adicional que no depende de los medios utilizados; mientras que *un acto terrorista carece de posibilidad de extender su contexto, es decir, de multiplicar las consecuencias de la ignominia*»<sup>52</sup>.

Tratándose en los autos que nos ocupan de la actividad terrorista de ETA —actividad desarrollada y continuada durante casi cinco décadas y caracterizada por una pluralidad de conductas delictivas (no sólo por asesinatos)— la interpretación contenida en el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, que acabamos de reproducir no deja de sorprender y de llamar la atención. En primer lugar, por la evidencia que consta en informes y trabajos de todo tipo (policiales, científicos<sup>53</sup>, de organizaciones pacifistas<sup>54</sup>, etc.), en sentencias judiciales nacionales<sup>55</sup>

escala». (...) Esta expresión (...) es suficientemente amplia para comprender distintas situaciones que supongan una multiplicidad de víctimas, por ejemplo como consecuencia del efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o del efecto aislado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud» (CDI, Comentario al art. 18 relativo a los «Crímenes contra la humanidad», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, Volumen II, Segunda parte, pp. 51 ss.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 12. La cursiva es nuestra.

<sup>53</sup> *Vid.* las obras citadas en nota 17 del presente trabajo.

<sup>54</sup> *Vid.* Gesto por la paz, *Ante la violencia de persecución*, 2000. Documento online disponible en <http://www.gesto.org/archivos/201401/2000-contra-vp.pdf?1>, ya citado.

<sup>55</sup> Es el caso de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2015, que «confirma en líneas generales los hechos probados y la calificación jurídica realizada en la sentencia de primera instancia por la Audiencia Nacional» en la que condena «a penas de entre un año y tres meses de prisión y un año y diez meses a 20 acusados, entre ellos Rufi Etxeberria, Joseba Permach, Joseba Álvarez, Karmelo Landa y Juan Cruz Aldasoro, por delitos de pertenencia o colaboración con organización terrorista. La sentencia de la Sala Segunda confirma en líneas generales los hechos probados y la calificación jurídica realizada en la sentencia de primera instancia por la Audiencia Nacional. A los cinco acusados citados, se les modifica las penas por delito de pertenencia a banda armada de los tres años de cárcel a un año y diez meses, en aplicación en el mismo grado de la atenuante de dilaciones indebidas que se fijó para el resto, ya que todos formaban parte del mismo macroproceso. A los otros 15 condenados se les ratifican las penas impuestas por la Audiencia. Se confirma además el comiso de 107 "herriko tabernas"» (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Supremo-condena-a-penas-de-entre-un-ano-y-tres-meses-de-prision-y-un-ano-y-diez-meses-a-20-acusados-por-las--herriko-tabernas->). También, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 que declaró ilegales a los partidos *Herri Batasuna*, *Euskal Herritarrok* y *Batasuna* y decretó su disolución en base a que formaban parte de una misma organización dirigida por la banda terrorista ETA y a que llevaban a cabo su actividad mediante la violencia y la restricción de los derechos de otros (<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=2844921&links=ilegalizaci%C3%B3n%20Herri%20Batasuna&optimize=20040108&publicinterface=true>). La Sentencia enumera diversos actos posteriores a la entrada en vigor de la ley de apoyo a la violencia tales como: sus declaraciones de apoyo a la violencia, la falta de condena de atentados terroristas, manifestaciones de apoyo y menciones honoríficas a terroristas, acoso de sus representantes a miembros de partidos no nacionalistas, etc. Sobre este particular *vid.*, por ejemplo, E. ÁLVAREZ CONDE y A. CATALÁ I BAS, «La aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos. Crónica inacabada de la ilegalización de Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva época*, núm. 00/2004, Universidad complutense

e internacionales<sup>56</sup> y en Informes internacionales como el del Comisario Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa<sup>57</sup> que acreditan que lo que caracteriza a la actividad de la organización terrorista ETA es precisamente tanto su carácter continuado en el tiempo (durante casi cinco décadas), la ramificación o diversificación de dicha actividad terrorista en distintos frentes<sup>58</sup> y destinatarios (no habiéndose agotado su actividad «*en un acto*»<sup>59</sup>), así como el haber obedecido siempre a una planificación gestada en las respectivas cúpulas de la organización terrorista; planificación en cuya ejecución han participado los miembros civiles y «*militares*» de la misma<sup>60</sup>.

---

de Madrid, Madrid, 2004, pp. 7-35; P. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, «La prohibición de formaciones políticas como mecanismo de defensa del Estado y el debilitamiento de dicha protección tras las polémicas decisiones sobre Bildu y Sortu», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2016, núm. 26, pp. 111-137; M. IGLESIAS BÁEZ, «La Ley de partidos políticos y el test de convencionalidad europeo. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de Herri Batasuna y Batasuna», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, UNED. Madrid, 2010, pp. 57-58.

<sup>56</sup> Es el caso de la Sentencia del TEDH (Gran Sala), de 30 de junio de 2009, declarando la ilegalización de *Herri Batasuna*, *Euskal Herritarrok* y *Batasuna* y de otros partidos sucesores conforme al Convenio europeo de derechos humanos (*vid.* el texto original y definitivo de la sentencia en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93348>). Sobre este particular *vid.* la bibliografía citada en la nota anterior. También, nuestros trabajos: «La justicia constitucional y la defensa de la democracia en la lucha contra el terrorismo: la ilegalización de partidos políticos en España», en la obra colectiva coord., por A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, y M.M. ANTONIAZZI, *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Universidad Nacional Autónoma de México, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, Tomo I, pp. 731-763 y «Victimarios vascos y su ilegalización por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la victoria de la democracia», *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 23-2009, pp. 31-43.

<sup>57</sup> *Vid.* a este respecto el elaborado como resultado de su visita a España y en particular al País Vasco: *Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos sobre su viaje a España y, en particular, al País Vasco, del 5 al 8 de febrero de 2001*, disponible en la página web del Consejo de Europa: <https://rm.coe.int/16806da57f>, pp. 105-118.

<sup>58</sup> Así la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2015, anteriormente citada.

<sup>59</sup> Por el contrario, a los 858 asesinados por ETA se suman los heridos y mutilados en numerosos atentados, los amenazados, secuestrados, extorsionados y desterrados. Todos ellos víctimas como consecuencia de la elección deliberada de dicha organización terrorista constituyéndolos en objetivos concretos de su política criminal. Todas y cada una de esas acciones han respondido a una planificación diseñada por las respectivas cúpulas de la organización terrorista siendo los ejecutores materiales de la misma conscientes del lugar que ocupaban en ella así como de las consecuencias de sus acciones y los objetivos en virtud de las cuales las realizaban.

<sup>60</sup> Como destaca un Informe reciente sobre los efectos del terrorismo en la sociedad vasca: «Más de novecientos muertos, miles de heridos, un número indeterminado de extorsionados, perseguidos y exiliados, decenas de secuestrados, una cifra difícil de calcular de pérdidas económicas y de merma de las posibilidades de

En segundo término dicha interpretación sorprende todavía más porque esas características ya habían sido puestas de manifiesto en el Auto de 27 de octubre de 2015, dictado por el Magistrado Juan Pablo González González<sup>61</sup>, lo que motiva el que este Magistrado dicte posteriormente auto de procesamiento contra los afectados por el mismo<sup>62</sup>:

*«Como se ha señalado, con la eliminación física de las personas que se oponían a sus objetivos, o la intimidación o coacción ejercida contra las mismas en razón de su pertenencia a un grupo o colectivo perseguido, lo que buscaba ETA era crear un clima de temor e inseguridad que anulara política y socialmente a los sectores de la sociedad a los que estas personas pertenecían. Fuera de las víctimas indiscriminadas, es claro que la inmensa mayoría de las personas asesinadas por ETA pertenecían a los colectivos amenazados y precisamente por esa razón de pertenencia es por la que fueron asesinados...»*

*«En el caso de autos, la violencia de la banda terrorista de ETA debe ser considerada una «violencia de persecución», lo que supone un ataque generalizado o sistemático contra una parte de la población civil que responde a la estrategia diseñada por la banda para neutralizar a quienes aparecen como un obstáculo para la consecución de sus objetivos políticos, y a partir de la ejecución de dicha estrategia se identifican las víctimas que lo son por la única razón de su pertenencia a los grupos y colectivos perseguidos»<sup>63</sup>.*

También respecto del elemento «sistemático», el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, Audiencia Nacional (Sumario 22/2000) que estamos analizando, contiene afirmaciones que no se compadecen con lo que tanto el ECPI como la CDI en los trabajos antes citados establecen sobre la figura del crimen de lesa humanidad:

*«En los crímenes de lesa humanidad, el aspecto sistemático permite que los actos individuales se analicen desde una perspectiva más lesiva, que les confiere unidad material que supone un desafío real para la naturaleza de las instituciones, mientras que en los delitos de terrorismo (incluso internacional), el objetivo político se relaciona con el elemento volitivo mediato, que es la coacción a un Estado y basta ésta para que se dé un acto terrorista, sin mayores pretensiones. Para que una organización terrorista pueda crear un elemento contextual en el que se inserten los actos que configuran los crímenes contra la humanidad, sería preciso un cambio en la naturaleza de aquellas, para llevar a cabo ataques sistemáticos»*

desarrollo material, y una ciudadanía limitada en su posibilidad de hablar libremente constituyen el testimonio más dramático de esta realidad» (R. LÓPEZ ROMO, *Informe Foronda*, cit., p. 10).

<sup>61</sup> Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción núm. 3, Auto de 9 de julio de 2015, Diligencias Previas Proc. Abreviado 89/2013-doc.125.

<sup>62</sup> Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción núm. 3, Auto de 27 de octubre de 2015.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 18. Ahora bien, estimamos necesario precisar que el ataque generalizado o sistemático contra la población civil tanto en el País Vasco (sobre todo) como en el resto de España que el citado Magistrado en el caso de autos engloba dentro de la «violencia de persecución» con resultado de asesinato, fue mucho más allá de éste, incluyendo secuestros, extorsión, persecución social, atentados y amenaza personal directa que afectó directamente a unas 40.000 personas (según datos de la organización pacifista vasca *Gesto por la Paz* de los que también se hace eco el propio Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en su Informe resultado de la visita realizada a España y en particular al País Vasco, citado *ut supra* en nota 57). *Vid.* a este respecto A.R. GÓMEZ MORAL, *Un gesto que hizo sonar el silencio*, ed. Coordinadora Gesto por la Paz de Euskal Herria, Bilbao, 2103, así como las obras citadas *ut supra* en nota 17.

*en el sentido estricto de los crímenes contra la humanidad, y además que la organización en cuestión se viera a sí misma como en “estado de guerra”, o como representante de lo que la doctrina denomina un “protestado”, en cuyo caso esas conductas sí tendrían la consideración de crímenes contra la humanidad»<sup>64</sup>.*

La incapacidad de concebir que los actos aparentemente «individualizados» de terrorismo están entrelazados entre sí porque responden a la planificación y estrategia ideada y ordenada por la cúpula de la organización terrorista (lo que les otorga la dimensión de crimen de lesa humanidad) conduce a la Sala —erróneamente en nuestra opinión— a excluir que una organización terrorista (en nuestro caso, ETA) pueda cometer un «ataque contra la población civil». Esto es, en los términos del art. 7.2.<sup>a</sup>) ECPI, «una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política»<sup>65</sup>:

«Mientras los crímenes de lesa humanidad nacen de la combinación de una movilización similar a la que genera un “estado de guerra”, cuyos recursos y planificación impiden que sea cometido por un solo sujeto, fruto de que el ataque generalizado o sistemático sea parte del tipo; el terrorismo puede contemplar perfectamente un acto aislado que consista en un asesinato como es el caso, un atentado u otra conducta típica<sup>66</sup>. Las organizaciones terroristas, por lo general, tienen una menor capacidad de confrontación con el Estado, y se valen de su organización tanto para llevar a cabo sus ataques como para potenciar la clandestinidad y cohesión interna, como base de su propia subsistencia. *Las organizaciones terroristas sólo pueden realizar actuaciones políticas, en cuanto un plan concreto trazado para lograr determinado objetivo, pero no como elemento demandado por el art. 7.2 a) ECPI, ya que carecen de los medios materiales para ello, no estando cohesionadas para imple-*

<sup>64</sup> Audiencia Nacional, Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, (Sumario 22/2000), p. 12. Al contrario de la CDI, para la cual el requisito «sistemático»: «exige que los actos inhumanos se cometan de forma sistemática, es decir con arreglo a un plan o política preconcebidos. La ejecución de ese plan o política podría llevar la comisión repetida o continua de actos inhumanos. Lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o política más amplios» (CDI, Comentario al art. 18 relativo a los «Crímenes contra la humanidad», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, Volumen II, Segunda parte, p. 51).

<sup>65</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>66</sup> Lo que sucede es que en esa hipótesis, al tratarse de un caso aislado, nunca estaríamos ante un crimen de lesa humanidad sino, como señala el Auto, ante un delito de terrorismo; lo que no es el caso de ninguno de los actos ni de ninguno de los asesinatos cometidos por la organización terrorista vasca ETA ya que todos ellos están relacionados entre sí en orden a hacer posible el objetivo principal de la organización en áreas del cual son planificados, ordenados y ejecutados (que ETA no lo haya alcanzado carece de relevancia a los efectos de su consideración como crímenes de lesa humanidad), formando parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, englobables en la lista de conductas del art. 7 ECPI. Por el contrario, todos ellos, que no lo haya conseguido carece de relevancia a los efectos de su consideración como crímenes de lesa humanidad.

*mentar una política a gran escala como la que exige la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad*<sup>67</sup>. En estos, una vez ejecutado el ataque sistemático o generalizado las consecuencias materiales para las instituciones son independientes de la reacción del que lo sufre»<sup>68</sup>.

No es eso lo que apreció el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa tras su visita al País Vasco y que le llevó a afirmar en su Informe acerca de la misma:

«En resumen, la acción de ETA pasa conscientemente por el crimen o la extorsión individual, para intentar crear un clima general de miedo<sup>69</sup>, en el que una parte de la población, no nacionalista, y en particular sus elementos representativos e intelectuales, se sienten amenazados de tal suerte que renuncian a ejercer sus derechos y abandonan el País Vasco, o recurren a la protección policial, con todo lo que ello supone, como dificultades en la actuación política, sin contar la angustia personal y familiar. Y no hay que olvidar que el voto a favor de opciones no nacionalistas se ha vuelto especialmente arriesgado en las pequeñas aglomeraciones donde los nacionalistas radicales controlan las alcaldías. Desde este punto de vista es evidente que la acción terrorista está dirigida directamente contra el funcionamiento del sistema democrático y la libertad de los ciudadanos»<sup>70</sup>.

En definitiva, y contrariamente a lo afirmado en el Auto núm. 155/2016, de 18 de abril, una organización terrorista o de otro tipo (es el caso del crimen organizado en algunos Estados) **sí** tiene capacidad de generar el elemento contextual aunque no sea un Estado. El propio tipo penal del «crimen de lesa humanidad» (art. 7 ECPI) lo contempla expresamente<sup>71</sup>.

Sin embargo, en el caso concreto, los Magistrados no alcanzan a ver que el asesinato en cuestión no es un «*acto aislado*» de terrorismo sino un asesinato que responde a la misma

<sup>67</sup> Sorprende esta afirmación en un Estado, como España, que ha padecido durante casi cinco décadas el terrorismo de ETA y, además, en múltiples dimensiones (asesinatos, atentados con mutilados y lesionados, extorsión, secuestro, desaparición forzada, persecución, amenazas, destierro). En determinados años, además, con asesinatos cada tres días.

<sup>68</sup> Audiencia Nacional, Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, (Sumario 22/2000), p. 13. La actividad de la organización terrorista vasca ETA a lo largo de sus casi cinco décadas de existencia es prueba más bien de lo contrario. La cursiva es nuestra.

<sup>69</sup> Vid. in extenso F.J. LLERA, R. LEONISIO, *La estrategia del miedo. ETA y la espiral del silencio en el País Vasco*, Informe del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo, núm. 1, febrero 2017; R. LÓPEZ ROMO, *Informe Foronda. Los efectos del terrorismo en la sociedad vasca*, ed. Catarata, Madrid, 2015.

<sup>70</sup> Consejo de Europa, *Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos sobre su viaje a España y, en particular, al País Vasco, del 5 al 8 de febrero de 2001*, cit., p. 6.

<sup>71</sup> En el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, comparando el terrorismo con los crímenes de lesa humanidad, la Sala afirma: «*Si bien en ambos tipos de acciones se requiere cierta planificación, la naturaleza del vínculo con la organización que la promueve es distinta. Una organización por el mero hecho de serlo, no tiene la capacidad de generar el elemento contextual, como sí lo posee un Estado. Sólo cuando este pierde su capacidad de actuación, se dan las circunstancias para que se transmita ese elemento político estatal a la organización en cuestión*» (p. 12). El caso de la organización terrorista ETA, contrariamente a esa afirmación, es un claro ejemplo de la capacidad de una organización terrorista para generar ese elemento contextual. Nada menos que durante casi cinco décadas.

estrategia y planificación que motivó y originó los cometidos con anterioridad (así como otros actos) de la organización terrorista ETA<sup>72</sup> y de los que le siguieron después. En el caso de autos, contra miembros de la Administración de Justicia toda vez que el asesinado ostentaba en ese momento el cargo de Primer Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Así, concluyen:

«La imposibilidad de reconducir estos hechos circunscritos a un espectro de lesa humanidad *es patente*. La muerte de un individuo (asesinato) en el contexto del delito de lesa humanidad hace referencia a que la víctima forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil *por motivos discriminatorios, que constituya conductas tipificadas entre otros en el art. 3 a) del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda*. El elemento de premeditación, se refiere al conocimiento por parte del autor de que sus actos se encuadraban en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y no a la intención preexistente de causar la muerte de una persona determinada por ciertos motivos o en ciertas condiciones»<sup>73</sup>.

En consecuencia, tampoco ven premeditación. Esto es, no aprecian que el autor tenga conocimiento de que sus actos «*se encuadraban en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil*» sino sólo «*la intención preexistente de causar la muerte de una persona determinada por ciertos motivos o en ciertas condiciones*». Lo abordamos después en el epígrafe relativo a este elemento.

### 1.2.3. *Contra una población civil*

Este elemento había sido claramente establecido por el Magistrado J.P. González en su Auto de 27 de octubre de 2015:

<sup>72</sup> Este criterio es asumido literalmente por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 en su Auto de 20 de abril de 2016 ya examinado. Esto es, ignorando que la organización terrorista ETA es «*una organización que se ha enfrentado a la democracia contraponiendo a esta su proyecto de un País Vasco independiente, socialista y euskaldún —vasco parlante— compuesto por las actuales comunidades autónomas españolas de Euskadi y Navarra y los territorios vascos del suroeste de Francia (englobados en el departamento de Pirineos Atlánticos en la región de Aquitania)*» (F.J. LLERA, R. LEONISIO, «La estrategia del miedo. ETA y la espiral del silencio en el País Vasco», *Informe del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 1, febrero 2017, p. 17). Sobre esta consecuencia del terrorismo cf. M. ALONSO y J. CASQUETE, «ETA, el miedo domesticado y el desafío de los gestos», *Claves de Razón Práctica*, núm. 236, 2014, pp. 66-77; F. DOMÍNGUEZ, *Las raíces del miedo*, ed. Aguilar, Madrid, 2003.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 14. La cursiva es nuestra. Resulta llamativa la seguridad de la afirmación («*es patente*»). También, la referencia —innecesaria— al Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda cuando el elemento discriminatorio al que alude la Sala figura en el propio art. 7 ECPI ratificado por España y que es utilizado por la Sala en este Auto; artículo que menciona expresamente que la persecución del grupo o colectividad con identidad propia debe estar «*fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, ...*».

«Los colectivos concretos de la sociedad contra cuyos representantes o miembros ETA ha dirigido su actividad terrorista, han permanecido prácticamente sin alteración desde el advenimiento de la democracia en España, sufriendo únicamente ligeras variaciones, que son consecuencia de las adaptaciones estratégicas que hacía la banda terrorista para, de acuerdo a sus análisis de la situación política y social en cada momento, mejorar la eficiencia de su actividad terrorista. Así, durante el período que se extiende desde 1978 hasta 1992, ante la creencia de que lo fundamental era presionar al Estado español, el objetivo era golpearlo en su columna vertebral, por lo que la mayor parte de las acciones terroristas de ETA se dirigen contra los «cuerpos represivos» (Guardia Civil y Policía, así como a los «colaboradores» de los mismos) y los «poderes fácticos» (las Fuerzas Armadas). No obstante, la actividad terrorista también se dirigió contra el poder económico español, contra los bienes de capital francés, contra los funcionarios de prisiones, en apoyo a reivindicaciones de tipo ecológico (Lemóniz, autovía del Leizarán... ) y cometiendo secuestros con la finalidad de procurarse fondos<sup>74</sup>.

Como ya hemos señalado, lo que caracterizaba a las personas que eran objeto de la actividad delictiva realizada por ETA y el resto de organizaciones del MLNV era su posicionamiento ideológico o su adscripción a actividades o sectores institucionales, políticos, ideológicos, profesionales o sociales que a juicio de la banda terrorista impedían o dificultaban el desarrollo de su proyecto político, económico y social»<sup>75</sup>.

#### 1.2.4. *Y con conocimiento de dicho ataque*

Como acabamos de ver, en su Auto núm. 155/2016, de 18 de abril, la Sala de lo Penal del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 excluye que el asesinato del caso de autos se trate de un crimen de lesa humanidad porque no aprecia que se dé en él el elemento de premeditación (esto es, «con conocimiento de dicho ataque»):

*«El elemento de premeditación, se refiere al conocimiento por parte del autor de que sus actos se encuadraban en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y no a la intención preexistente de causar la muerte de una persona determinada por ciertos motivos o en ciertas condiciones»<sup>76</sup>.*

Sobre este particular los «*Elementos de los Crímenes*», que constituyen los parámetros interpretativos de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra contemplados, respectivamente, en los arts. 7 y 8 del ECPI, precisan que para la comisión de éstos *no es necesario* que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o de la política del Estado o de la organización:

<sup>74</sup> Vid. a este respecto I. SÁEZ DE LA FUENTE ALDAMA, *Misivas del terror*, citado *ut supra* en nota 17.

<sup>75</sup> Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción núm. 3, Auto de 27 de octubre de 2015, p. 3.

<sup>76</sup> Audiencia Nacional, Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, (Sumario 22/2000), p. 14. Sorprende esta afirmación respecto de un asesinato cometido por la organización terrorista ETA, pues es sabido que toda persona que decide integrarse en la misma es consciente de que su membresía y su participación en la misma es a los fines de los objetivos que persigue; objetivos que incluyen —entre otras conductas— la eliminación física de todo aquel considerado por aquella como «enemigo». Sus propios documentos, incautados por las Fuerzas de Seguridad del Estado lo confirman.

«Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento *no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización*. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que *ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole*»<sup>77</sup>.

Respecto de este elemento del crimen de lesa humanidad el Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera concluye que no se da en el caso concreto (delito de asesinato del Primer Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía cometido por ETA) y que, por otra parte, no fue invocado cuando fueron juzgados por el hecho concreto tanto los autores materiales del mismo como los autores por inducción.

No viendo que los actos de una organización terrorista puedan estar enlazados entre sí en la medida en que responden a una estrategia y a una planificación comunes en aras del logro del fin perseguido por la misma (en el presente caso, el de ETA), la Sala concluye respecto del caso que le ocupa nada menos que *«un acto de terrorismo no será nunca “per se” un crimen de lesa humanidad» salvo «en los casos que la interacción entre el elemento contextual y político genere una vis atractiva similar a la que provoca en las conductas del art. 7.1 ECPI, como así sucede en el caso “Scilingo”, ausente sin embargo en el supuesto que nos ocupa»*<sup>78</sup>. Y añade:

«Si bien es cierto que el terrorismo supone una violación especialmente grave que puede afectar a la comunidad internacional en su conjunto, y aunque tenga una evidente relevancia internacional, no cumple con los criterios básicos expuestos para identificar un crimen internacional: no cuenta con una definición clara y compartida, pero sobre todo, por el momento, no genera responsabilidad penal individual independientemente de su criminalización en los ordenamientos nacionales. *Para que las acciones de las organizaciones terroristas sean capaces de abarcar ese hecho global exigido por los crímenes contra la humanidad, será necesario previamente, que hayan cambiado su naturaleza, como consecuencia de circunstancias tales como la toma de un gobierno, la tolerancia del Estado o el colapso político sustancial o total del Estado donde operen*»<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Estatuto CPI, Introducción al art. 7 del documento titulado *«Elementos de los Crímenes»*, párr. 2. La cursiva es nuestra.

<sup>78</sup> Audiencia Nacional, Auto núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016, del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sección Tercera, (Sumario 22/2000), p. 17.

<sup>79</sup> *Ibid.* La cursiva es nuestra. Tal conclusión no encuentra reflejo en las normas internacionales al respecto. Sobre la definición de terrorismo *vid. ut supra* nota 33 del presente trabajo

## 2. La Comisión Rogatoria internacional cursada desde Argentina

Como hemos avanzado al comienzo del presente trabajo, los intentos fallidos ante la jurisdicción española en orden a la consideración como crímenes de lesa humanidad de los crímenes de la organización terrorista nacionalista vasca ETA han motivado su denuncia ante Tribunales argentinos en virtud del principio de jurisdicción universal. Es el caso de la planteada el 21 de septiembre de 2015 por la asociación española *Dignidad y Justicia*, ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 6 Secretaría núm. 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (República Argentina), con el objeto la investigación por los Tribunales de la República Argentina:

*«de los responsables de los hechos que provocaron la muerte de 379 ciudadanos españoles, víctimas de los delitos de asesinato y lesa humanidad cometidos por la organización terrorista ETA. En concreto el denunciante solicita que se investiguen los asesinatos de José L. Caso Cortines y Manuel F. Zamarreño Villoría, ocurridos el 11 de diciembre de 1997 y el 25 de mayo de 1998 respectivamente en Guipúzcoa, España»<sup>80</sup>. Continúa señalando que los Tribunales españoles a pesar de admitir que los crímenes atribuibles a ETA integran esta categoría (delitos de lesa humanidad), se niegan a perseguir aquellos ocurridos con anterioridad al 1 de octubre de 2004, fecha de entrada en vigor de las específicas figuras de lesa humanidad incorporadas al Código Penal español. Ello justificaría la jurisdicción de los tribunales argentinos para la investigación de los delitos denunciados en defecto de los tribunales del país del lugar de comisión del delito. Luego concreta la petición de auxilio jurisdiccional internacional en cuatro solicitudes que más tarde se analizarán»<sup>81</sup>.*

El Magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional acepta la competencia para la tramitación de la Comisión Rogatoria Internacional para, acto seguido, rechazar su cumplimiento invocando como razones principales el principio de irretroactividad de la norma penal (el crimen de lesa humanidad entra en vigor en España el 1 de octubre de 2004)<sup>82</sup> y «en segundo lugar y relacionado con lo anterior hay que recordar el auto de fecha 8 de Abril del 2016 dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal

<sup>80</sup> José L. Caso Cortines era concejal del Partido Popular en Rentería (Guipúzcoa). Una vez asesinado, su amigo Manuel F. Zamarreño Villoría no duda en ocupar su puesto. Después de una campaña infamante de persecución y de difamación, también es asesinado por ETA. Son un ejemplo evidente y emblemático del ataque generalizado y sistemático contra una población civil (la no nacionalista vasca) por parte de la organización terrorista ETA: tras la amenaza, la persecución y la difamación, viene el asesinato.

<sup>81</sup> Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 6, Comisión Rogatoria 25/2016, Auto de 31 de octubre de 2016. El autor posee copia.

<sup>82</sup> El Auto señala: «Respecto al delito de lesa humanidad debe señalarse que España no ha ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de las N.U. de 26 de noviembre de 1968 por lo que no puede ser aplicable este texto internacional. Ello impide la persecución en España de los hechos susceptibles de ser calificados como delito de Lesa Humanidad cuya comisión es anterior al 1 de octubre de 2004» (p. 2).

de la Audiencia Nacional en el que se rechaza la calificación jurídica de estos hechos como delito de Lesa Humanidad y ello por razones de tipicidad»<sup>83</sup>.

Esto es, el Auto examinado en las páginas precedentes del presente trabajo<sup>84</sup>, que llega a tal conclusión sobre la base de considerar que el terrorismo «es un acto, no un “ataque” generalizado..., que se agota en sí mismo por su carácter azaroso» mientras que el crimen de lesa humanidad «implica sostenibilidad en el tiempo y un peligro adicional que no depende de los medios utilizados» y cuyo «elemento determinante es el desafío real a las instituciones, que se acredita por su capacidad generadora de más crímenes similares que provoca reacciones en cadena, ya que no sólo el peligro perpetrado se incrementa, sino que también esa participación en el ataque crea una atmósfera (incita) a los crímenes de otros; y no esa superioridad relativa propia que existe entre la organización terrorista y la víctima...»; mientras que un acto terrorista «carece de la posibilidad de extender su contexto, es decir, de multiplicar las consecuencias de la ignominia»<sup>85</sup>.

Con carácter complementario, el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional estima que las peticiones de información por parte de la Justicia Argentina no guardan relación con los hechos contenidos en el texto de la Comisión Rogatoria Internacional. Tales peticiones son:

- «1) Informar si allí se han desarrollado investigaciones penales por los hechos denunciados en estos actuados. En caso afirmativo, remita copias de las actuaciones a efectos de determinar si existe identidad entre los hechos denunciados en este caso y las investigaciones que se realizaron en ese país. En el caso de que no se hubieran desarrollado investigaciones penales por estos hechos, informe cuál ha sido la razón por la que no se han realizado y remita, si los hubiere, copia de los pronunciamientos judiciales u otros actos administrativos que dieran cuenta de la decisión de no investigar.
- 2) Consultar a las autoridades que correspondan del Poder Ejecutivo de España si se ha implementado una política de persecución criminal de los delitos cometidos por integrantes de la organización ETA y, en su caso, si esa política contempla un criterio de oportunidad a los fines de disponer la acción penal correspondiente.
- 3) Consultar si el Estado ha desarrollado investigaciones de carácter no penal, a fin de esclarecer los hechos denunciados en la presente causa y de efectivizar el derecho a la verdad que asiste a las víctimas de esos delitos y a la sociedad española en su conjunto. En caso afirmativo deberá remitir copia del producto de dichas investigaciones.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> Auto nada acorde con el Derecho Internacional en la materia (que es, no se olvide, Derecho Español una vez publicado oficialmente en España (art. 96 CE)), sorprendentemente seguido a pies juntillas por todos los órganos judiciales que han abordado esta cuestión y que hemos examinado en las pp. 8 ss. del presente trabajo.

<sup>85</sup> Basta repasar la trayectoria terrorista de ETA durante sus casi cinco décadas de existencia para constatar justo todo lo contrario de lo afirmado por ese Auto.

- 4) Consultar si se ha implementado una política de reparación a las víctimas de los delitos perpetrados por ETA, en particular a las identificadas por la querrela en la causa de referencia»<sup>86</sup>.

Tras compartir el criterio del Ministerio Público en el sentido de que «la segunda, tercera y cuarta peticiones se refieren más a informaciones de naturaleza política sin que el resultado de las diligencias interesadas favorezca la investigación iniciada por el Tribunal de la República Argentina», el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional estima conveniente resaltar, «a los efectos de que la autoridad judicial requirente tenga un conocimiento de la actividad desplegada por las autoridades españolas en la persecución de los delitos de terrorismo atribuibles a la organización terrorista ETA»<sup>87</sup>, las siguientes consideraciones que reproducimos en su integridad a los efectos de abordarlas y contrastarlas después con los datos aportados por la propia Audiencia Nacional en sus Informes y Memorias:

- «— Todos los crímenes cometidos por la organización terrorista ETA han sido objeto de investigación policial y judicial, bien en España, bien en Francia, y en la mayor parte de los casos se ha detenido, imputado, acusado y condenado a los autores y partícipes de tales delitos.
- En la legislación española no existe el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal para los delitos de terrorismo, de manera que todas las autoridades judiciales (Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal) se rigen exclusivamente por el principio de legalidad.
- Todas las personas reconocidas como víctimas de ETA han sido objeto de reparación, aun cuando no haya sido posible identificar al autor de los crímenes, existiendo una legislación específica a tales efectos desde hace varias décadas.

En cuarto lugar, en cuanto a la primera petición de diligencias, la autoridad requirente solicita de forma indiscriminada copia de cientos de procedimientos donde se han agotado todas las posibilidades de investigación de los hechos, sus autores y otros partícipes. La petición de auxilio internacional en este caso parte de un error de principio: el ejercicio de la acción penal basado en la jurisdicción universal por la naturaleza de los delitos no puede convertirse en un juicio de revisión de lo actuado por los Tribunales del país del *locus delicti commissi*. El ejercicio de la jurisdicción universal es subsidiario de la potestad jurisdiccional de los Estados respecto de los hechos acaecidos en su territorio. Solamente en los supuestos de imposibilidad del ejercicio de la acción penal o de falta de voluntad para ejercitarla despliega sus efectos la jurisdicción universal de forma complementaria con la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

El art. 17 del Estatuto de Roma resuelve al regular las cuestiones de admisibilidad, los problemas de concurrencia de jurisdicciones y solo cuando el Estado que ostente jurisdicción haya decidido no perseguir los hechos o no pueda investigarlos y juzgarlos, que el tribunal podrá proceder a su persecución. En el segundo apartado expone una serie de circunstancias que permiten aclarar la verdadera voluntad del Estado con jurisdicción sobre el hecho o sus posibilidades de juzgarlo. Evidentemente no es el caso que nos ocupa. En los procedimientos incoados en España para la investigación de los atentados a los que se refiere la presente Comisión Rogatoria, se agotaron todas las vías de investigación y, sólo de forma excepcional, no se formuló acusación por la insuficiencia de elementos de prueba contra personas presuntamente

<sup>86</sup> Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 6. Auto, de 31 de octubre de 2016, del Magistrado A. Abascal Junquera, p. 4.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 4.

responsables de los hechos<sup>88</sup>. Por lo tanto, no se dan los presupuestos de hecho que justifican la actuación de los tribunales argentinos en virtud del principio de la jurisdicción universal en estos procedimientos.

En último lugar, como puede observarse, dichas diligencias más bien parecen responder a la realización de averiguaciones de diferente naturaleza en el contexto de una causa general que se funda en una manifiesta extralimitación jurisdiccional del órgano judicial requirente, con la pretensión de soslayar por completo el carácter preferente del *forum delicti commissi* (lugar de comisión del delito) y las propias normas orgánicas internas que regulan la jurisdicción y competencia de los tribunales españoles para estos delitos (art. 23.1 LOPJ), circunstancia ésta que impide el cumplimiento de la solicitud y la ejecución de las diligencias conforme a nuestra legislación interna, y deviene en causa de rechazo al amparo del art. 30.2 y 3 del Tratado bilateral España-Argentina antes mencionado<sup>89</sup>.

Sobre la base de tales consideraciones, el órgano judicial español concluye el rechazo de la petición de auxilio jurisdiccional formulada por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 6 de la República Argentina, justificándolo por las siguientes razones:

- 1.º *La petición de auxilio jurisdiccional incumple los presupuestos del Tratado de Asistencia Penal al solicitar asistencia judicial para la investigación de unos hechos en los que carece de jurisdicción conforme a la legislación interna española, siendo aplicable por ello la causa de rechazo prevista en el art. 30.2 y 3 del Tratado.*
- 2.º *La petición citada supondría en la práctica un juicio de revisión de la actuación jurisdiccional de nuestros tribunales en estos casos, incumpliendo claramente la finalidad del principio de la jurisdicción universal.*
- 3.º *Nuestros Tribunales han rechazado la calificación jurídica de estos hechos como delito de Lesa Humanidad, pero han investigado y enjuiciado de forma efectiva a cientos de individuos por su participación en los crímenes atribuidos a la organización terrorista ETA.*
- 4.º *La investigación iniciada en Argentina infringe los principios de non bis in idem y de cosa juzgada.*
- 5.º *Las peticiones formuladas en 2º, 3 y 4º lugar se refieren a determinadas materias ajenas a los procedimientos penales que no aportan elementos de prueba que ayudarían a la investigación de los hechos o al descubrimiento de sus autores incumpliendo claramente el art. 40 del Tratado»<sup>90</sup>.*

## 2.1. **Valoración de la respuesta del órgano judicial español a la luz de las obligaciones internacionales contraídas por España en materia de derechos humanos**

1. *«Todos los crímenes cometidos por la organización terrorista ETA han sido objeto de investigación policial y judicial, bien en España, bien en Francia, y en la mayor parte de los casos se ha detenido, imputado, acusado y condenado a los autores y partícipes de tales delitos».*

<sup>88</sup> De los informes de Fiscalía y Presidencia de Audiencia Nacional examinados en el presente trabajo y del detallado y riguroso estudio realizado por J.F. Fernández Calderín se desprende lo contrario: en muchos casos ni se agotaron todas las vías de investigación ni fue, «sólo de forma excepcional», que no se formuló acusación por la insuficiencia de elementos de prueba contra personas presuntamente responsables de los hechos. Remitimos al lector a esas fuentes.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 4 ss.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 6.

Lo primero que hay que señalar es que esta afirmación no se compadece con el hecho objetivo de la existencia de más de 300 asesinatos cometidos por la organización terrorista ETA a día de hoy sin resolver, sin autor conocido y cuya investigación reclaman las organizaciones y asociaciones españolas de víctimas del terrorismo. Se trata de un hecho reconocido por la propia Fiscalía<sup>91</sup> y por la propia Presidencia de la Audiencia Nacional<sup>92</sup> en los Informes que elaboraron para responder a la solicitud de información de la *Fundación de Víctimas del Terrorismo*, formulada en marzo de 2010, en relación con 350 asesinatos de la citada organización terrorista<sup>93</sup>. Es más, a día de hoy no es posible determinar la cifra exacta de víctimas del terrorismo existentes en España toda vez que, como concluye el Defensor del Pueblo, «no existe, sin embargo, un registro oficial de víctimas del terrorismo (mortales y no mortales), ni un registro completo que vincule víctima con causa judicial, pese a los avances alcanzados en este ámbito»<sup>94</sup>.

Como señala el Informe de Presidencia, con el Informe de Fiscalía

*«y después de unas primeras indagaciones desde esta Presidencia, la situación de la que se partía con respecto a los 349 asuntos referidos<sup>95</sup> era bastante diferente de la que se había informado, siendo en esencia, en el mes de abril de 2011, los datos más relevantes los siguientes: en 273 asuntos se había dictado resolución. De ellos, 99 sentencias<sup>96</sup> y el resto sobreseimientos y archivos definitivos o provisionales<sup>97</sup>;*

<sup>91</sup> Informe presentado el 27 de noviembre de 2011 y entregado el 13 de diciembre de ese mismo año al Observatorio contra la Impunidad de la Fundación de Víctimas del Terrorismo (*vid.* [www.fundacionvt.org](http://www.fundacionvt.org)). Este Informe concluye «que son 314 los asesinatos de ETA que han quedado impunes, porque sus autores no han sido juzgados». Sobre la situación a fecha de comienzo de 2017 según Informe de la misma Fiscalía *vid ut supra* nota 37.

<sup>92</sup> Audiencia Nacional, Presidencia, *Balance provisional sobre la información solicitada por las víctimas de ETA en relación con 349 atentados cometidos por la referida banda terrorista*. Algunos aspectos de este Informe realizado en julio de 2012 (sin los anexos) están incluidos en la Memoria de la Audiencia Nacional de 2011 (*vid.* Audiencia Nacional, *Memoria 2011*, pp. 18-20).

<sup>93</sup> Sobre esta situación *vid.* el completo y riguroso trabajo de J.F. FERNÁNDEZ CALDERÍN, *Agujeros Del Sistema. Más De 300 Asesinatos De ETA Sin Resolver (Memoria de Libertad)*, Ed. Ikusager, Vitoria-Gasteiz, 2014. También, C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, «La obligación de investigación efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial referencia a la práctica española», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 26, 2013, pp. 1-42 ([www.reei.org](http://www.reei.org)).

<sup>94</sup> Defensor del Pueblo, *Estudio sobre los derechos de las víctimas de ETA. Su situación actual*, Madrid, 2016, p. 69. De ahí que las cifras varíen. El dato más reciente, aportado por Fiscalía AN en un Informe de inicios de 2017 «concluye que los atentados mortales en los que no se ha podido exigir responsabilidades criminales a sus autores y/o cómplices ascienden a 224...». En esos 224 atentados fueron asesinadas 297 personas» (*vid. ut supra*, nota 37).

<sup>95</sup> Sobre este particular el propio Informe precisa que «es importante reseñar que cuando hablamos de asunto estamos refiriéndonos a víctima y no propiamente a la causa judicial en la que pueden existir más de una víctima» (*ibid.*, p. 1, nota 1).

<sup>96</sup> Ahora bien, como precisa COVITE, que se haya dictado resolución no significa que se haya juzgado a los autores. En cuanto a las sentencias, éstas no se refieren necesariamente a autorías pues las hay, muchas, sobre colaboración con banda armada.

<sup>97</sup> Unos 174. Muchos de ellos acordados pocos meses después de la comisión del atentado en cuestión. Muchos de ellos, también, procesos sin sentencia (COVITE cifra en 133 los procesos judiciales sin sentencia de

*24 asuntos se encontraban en tramitación, pendientes de actuaciones (tales como comisiones rogatorias o extradiciones), e incluso algunos de ellos con juicio señalado. En total sólo quedaban 52 asuntos pendientes de localizar, en su mayoría con una antigüedad de más de 20 años»<sup>98</sup>.*

Sólo estos datos aportados por tales informes revelan ya que respecto del 30% de los asesinatos cometidos por la organización terrorista ETA (que adolecen de las deficiencias reconocidas en ambos informes) no es correcta la afirmación realizada en el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional, de 31 de octubre de 2016 en su respuesta a la Comisión Rogatoria de que en tales «casos se ha detenido, imputado, acusado y condenado a los autores y partícipes de tales delitos». Todavía menos a la luz del Informe de Fiscalía AN de inicios de 2017 que «concluye que los atentados mortales en los que no se ha podido exigir responsabilidades criminales a sus autores y/o cómplices ascienden a 224, ...»; atentados en los que «fueron asesinadas 297 personas»<sup>99</sup>.

En segundo término, la afirmación contenida en el mismo Auto en el sentido de que «todos los crímenes cometidos por la organización terrorista ETA han sido objeto de investigación policial y judicial, bien en España, bien en Francia» —desvirtuada por los datos anteriores— exige una breve referencia al contenido que la obligación de investigación efectiva tiene en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la medida en que la no concurrencia en la investigación de que se trate de los estándares internacionales exigidos, priva a aquella de efectividad y, en consecuencia, conlleva la violación de dicha obligación.

Muy sintéticamente<sup>100</sup>, las características de dicha obligación son las siguientes. En primer lugar, se trata de una obligación de diligencia<sup>101</sup> que se impone de oficio desde el

---

ningún tipo. Los mismos conciernen a 164 víctimas de ETA). Por último, muchos de ellos, sumarios prescritos (El Informe de Fiscalía (2011) cifra en 118 los asesinatos prescritos. El Informe de Presidencia AN (2012) no dice nada. Según la estimación de COVITE, superan el centenar (102 a fecha de octubre de 2013).

<sup>98</sup> Audiencia Nacional, *Memoria 2011*, cit., p. 19. En la *Memoria 2012* se actualiza el dato: «Respecto a los resultados provisionales obtenidos tras la investigación de las referidas 349 causas con origen en atentados terroristas de más de veinte años de antigüedad, el balance no puede ser más positivo, encontrándonos a fecha 31 de diciembre de 2012 con tan sólo 6 asuntos pendientes de localización». (AN, *Memoria 2012*, p. 24). Sobre este particular *vid.* las tablas de los Anexos de la obra de J.F. FERNÁNDEZ CALDERÍN, *Agujeros Del Sistema... cit.*, pp. 347-370.

<sup>99</sup> Informe citado *ut supra* en nota 37.

<sup>100</sup> *In extenso vid.* C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, «La obligación de investigación efectiva...» *cit.*, pp. 1-42.

<sup>101</sup> Sobre este particular *vid.* F. LOZANO CONTRERAS, «Enforcement of the Notion of Due Diligence in the Report of the Human Rights Commissioner of the Council of Europe Regarding his Visit to the Autonomous Basque Community», *SYLL*, 2001-2002, núm. 8, pp. 53-69. En él este autor aborda la obligación de diligencia en relación con España y la situación descrita en el Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa resultado de su visita a España y en particular al País Vasco; informe al que hemos aludido en el presente trabajo *ut supra*, p. 21.

momento en que las autoridades tienen conocimiento de los hechos<sup>102</sup> y que es exigible en toda circunstancia<sup>103</sup>. Su objetivo: el establecimiento de la verdad<sup>104</sup>.

En *segundo término*, es una obligación de naturaleza procedimental, distinta e independiente de la obligación que tiene el Estado de proteger el derecho a la vida (art. 2 del Convenio europeo de derechos humanos), a la que está vinculada, combinada con el deber general que tiene todo Estado Parte en el mismo (en virtud de su art. 1) de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción, los derechos y libertades del Convenio; obligación que implica y exige llevar a cabo una investigación oficial, adecuada y efectiva sobre toda muerte ocurrida en circunstancias ilegales o sospechosas.

En *tercer lugar*, esta obligación resulta operativa incluso cuando la muerte es anterior a la entrada en vigor del Convenio respecto del Estado demandado (fecha crítica), si bien sólo entran dentro de la competencia temporal del Tribunal los actos y/u omisiones posteriores a la «fecha crítica» y siempre que exista un vínculo real entre la muerte en cuestión y la entrada en vigor del Convenio respecto del Estado demandado<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Lo que significa que es exigible con independencia de que las víctimas hayan o no presentado oficialmente una denuncia. Así, por ejemplo, en TEDH, *Issaieva y otros c. Rusia*, Sentencia de 24 de febrero de 2005: «las autoridades deben actuar de oficio desde el momento en el que el asunto es llevado a su atención, no pudiendo dejar a la iniciativa de los allegados de la víctima el depósito de una denuncia formal o la responsabilidad de incitar un procedimiento de investigación (...)» (párrafo 209).

<sup>103</sup> Esto es, independientemente de las dificultades que pueda tener o encontrar el Estado para llevarla a cabo. Cualesquiera que sean esas dificultades, no le eximen de su cumplimiento ni le sirven para justificar las deficiencias que la investigación en cuestión pudiera tener. *Vid.* a este respecto, por ejemplo, TEDH, *Yasa c. Turquía*, Sentencia 2 de septiembre de 1998; *Issaieva y otros c. Rusia*, Sentencia de 24 de febrero de 2005; *Sandru y otros c. Rumanía*, Sentencia de 8 de diciembre de 2009; *Association «21 Décembre 1989» y otros c. Rumanía*, Sentencia de 24 de mayo de 2011 (Gran Sala); *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, Sentencia de 7 de julio de 2011.

<sup>104</sup> «La verdad constituye la finalidad objetiva de la obligación de abrir una investigación»; (J.M. LÓPEZ ULLA, «El “derecho a la verdad” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Persona y Derecho*, vol. 69, 2014, pp. 146 ss. Sobre este derecho en la jurisprudencia del TEDH *vid.* *Association «21 Diciembre 1989» y otros c. Rumanía*, (Gran Sala), Sentencia de 24 de mayo de 2011, párrafo 144; *El-Masri c. la ex república yugoslava de Macedonia*, (Gran Sala), Sentencia de 13 de diciembre de 2012; *Al Nashiri c. Polonia*, Sentencia de 24 de julio de 2014. Y sin establecimiento de la verdad, no hay reparación (*vid.* al respecto el epígrafe 1.2 del presente trabajo).

<sup>105</sup> Sobre este particular *vid.* TEDH, *McCann y otros c. Reino Unido*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995; *Kaya c. Turquía*, Sentencia de 19 de febrero de 1998; *Yasa c. Turquía*, Sentencia de 2 de septiembre de 1998; *Silih c. Eslovenia*, (Gran Sala), Sentencia de 9 de abril de 2009. De acuerdo con el TEDH, la obligación de investigación efectiva también resulta operativa respecto de los actos de tortura en el marco del art. 3. En el caso de España la fecha crítica es el 14 de octubre de 1979 (fecha de la entrada en vigor del Convenio respecto España), tal y como ha señalado el TEDH en su Sentencia de 27 de marzo de 2012, recaída en el asunto *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, núm. 301410/09 (cf. TEDH, *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, párrafo 34). Respecto de España y la obligación de investigación efectiva *vid.* J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, «La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos

Por *último*, respecto a las características que debe reunir la investigación para acomodarse a los estándares internacionales y ser efectiva, la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos exige que la investigación sea rápida, diligente<sup>106</sup>, completa o exhaustiva, imparcial e idónea para conducir a la identificación y castigo de los responsables<sup>107</sup>. De no ser así, la investigación en cuestión no será efectiva y conllevará la violación por el Estado concernido de dicha obligación<sup>108</sup>.

2. «*Todas las personas reconocidas como víctimas de ETA han sido objeto de reparación, aun cuando no haya sido posible identificar al autor de los crímenes, existiendo una legislación específica a tales efectos desde hace varias décadas*».

En relación con esta cuestión hay que recordar en primer lugar que, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, el hecho de que las víctimas hubieran podido recibir indemnización en concepto de responsabilidad civil por daño material y moral no exime

---

Humanos sobre la obligación de investigar (art. 2 Derecho a la vida). Teoría y práctica: de *Becker c. Bélgica a Canales Bermejo c. España*», *REDI*, vol. 66, 2014, núm. 1, pp. 126-158.

<sup>106</sup> En concreto, «una diligencia “razonable” sea cual sea el contexto; circunstancia que no se da cuando la investigación se demora en exceso y aunque esta sea consecuencia de la sobrecarga de trabajo, de los cambios de personal en la policía o de que el dossier en cuestión pase por diferentes fiscales. Mucho menos si la dilación es consecuencia de la inacción, de la pasividad o de la negligencia del Estado. Todos esos motivos, «*imputables a las autoridades*, no pueden justificar la duración excesiva de la investigación» (TEDH, *Gina Ionescu c. Rumania*, Sentencia de 11 de diciembre de 2012, parágrafo 40). La cursiva es nuestra.

<sup>107</sup> En el sistema regional europeo, el TEDH no se limita a afirmar el derecho de la víctima a la investigación efectiva, incluyendo el acceso efectivo del reclamante al procedimiento de investigación, sino que también ha precisado que la investigación debe ser llevada a cabo con celeridad y diligencia (por ejemplo en los asuntos siguientes: *Yasa c. Turquía*, Sentencia de 2 de septiembre de 1998; *Cakici c. Turquía* (Gran Sala); *Tanrikulu c. Turquía* (Gran Sala), Sentencia de 8 de julio de 1999; *Mahmut Kaya c. Turquía*, Sentencia de 28 de marzo de 2000). Incluso, aunque pudieran existir obstáculos o dificultades porque cuando se trata de investigar sobre el recurso a la fuerza con consecuencias mortales es esencial que exista una respuesta rápida de las autoridades «para preservar la confianza del público en el respeto del principio de legalidad y para evitar toda apariencia de complicidad o de tolerancia relativa a los actos ilegales» (TEDH, *Finucane c. Reino Unido*, Sentencia de 1 de julio de 2003, parágrafo 70).

En el sistema regional americano es donde la obligación de investigación efectiva ha sido objeto de mayor precisión y desarrollo. *Vid.* a este respecto Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988; *caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006; *caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Sentencia de 23 de noviembre de 2011; *caso Baldeón García c. Perú*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005; y *caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de noviembre de 2005.

En el sistema universal de la ONU *vid.*, por ejemplo, la Observación General núm. 20 (44.º periodo de sesiones, 1992), HRI/GEN/1/Rev. 7, p. 161, parágrafo 14.

<sup>108</sup> Como así ha declarado el TEDH en los siguientes asuntos recaídos contra España: *Martínez Sala y otros c. España*, Sentencia de 2 de noviembre de 2004; *Murillo Espinosa c. España*, Sentencia de 7 de junio de 2007; *Iribarren Pinillos c. España*, Sentencia de 8 de enero de 2009; y *Otamendi Egiguren c. España*, Sentencia de 16 de octubre de 2012. *Vid.* C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *cit.*, pp. 14-25.

al Estado de su obligación de investigación efectiva<sup>109</sup>, por lo que, si tal investigación no existió o fue insuficiente por no responder a los estándares internacionales exigidos al Estado, estaríamos ante una violación del art. 2 del Convenio europeo (derecho a la vida) aunque las víctimas hubieran sido indemnizadas<sup>110</sup>. En palabras del Tribunal: «*las obligaciones del art. 2 no pueden cumplirse solamente por la concesión de daños y perjuicios*»<sup>111</sup>.

En segundo término, de acuerdo con el mismo Tribunal, el hecho de que las víctimas hubieran podido recibir indemnización tampoco afecta a la calidad de víctimas de una violación del Convenio en el sentido de su art. 34 que poseen los demandantes ya que «*sólo puede haber pérdida de la calidad de "víctima" si las autoridades nacionales han reconocido, explícitamente o en sustancia, por lo tanto reparado, la violación del Convenio*»<sup>112</sup>.

Por lo que a España se refiere, la afirmación contenida en el Auto de 31 de octubre de 2016 en el sentido de que «*Todas las personas reconocidas como víctimas de ETA han sido objeto de reparación, aun cuando no haya sido posible identificar al autor de los crímenes*», así como a la existencia en nuestro País de «*una legislación específica a tales efectos desde hace varias décadas*» requiere precisar dos cosas. En primer lugar, que tal imposibilidad de identificar

<sup>109</sup> El Tribunal es tajante a este respecto afirmando que la obligación de investigación efectiva derivada del art. 2 no sería satisfecha «*por la sola concesión de daños y perjuicios*» (TEDH (Gran Sala), *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, Sentencia de 7 de julio de 2011, parágrafo 165.)

<sup>110</sup> Es un criterio firme del TEDH: «*Cuando un derecho de importancia tan fundamental como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura, el trato inhumano y degradante está en juego, el art. 13 requiere, además del pago de la indemnización cuando proceda, una investigación exhaustiva y eficaz que pueda conducir a la identificación y sanción de los responsables, incluyendo el acceso efectivo para el demandante al procedimiento de investigación*» (*Case of Tagayeva and others v. Russia*, Sentencia de 13 de abril de 2017, pár. 618). En la misma línea, TEDH (Gran Sala) en *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, Sentencia de 7 de julio de 2011: «*En vista de lo que precede, el Tribunal estima que la obligación procedimental que deriva del art. 2 no ha sido satisfecha respecto del quinto demandante. Aunque este último haya obtenido una suma importante a título de la transacción que tuvo lugar en su recurso civil, con un reconocimiento de responsabilidad del ejército, no hubo nunca una investigación completa e independiente sobre las circunstancias del fallecimiento de su hermano (...)*» (parágrafo 175); y *Sandru y otros c. Rumania*, Sentencia de 8 de diciembre de 2009, párrafos 60-64.

<sup>111</sup> TEDH, *McKerr c. Reino Unido*, Sentencia de 4 de mayo de 2001, parágrafo 121. Por otra parte, «*la "protección procedimental del derecho a la vida" está reforzada por las exigencias de los arts. 13 y 14. En razón de la importancia fundamental del derecho al respeto de la vida, el art. 13 exige, además del pago de una indemnización cuando proceda, investigaciones profundas y efectivas aptas para conducir a la identificación y castigo de los responsables de la muerte y que impliquen un acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación*» (TEDH, *Mahmut Kaya c. Turquía*, Sentencia de 28 de marzo de 2000, parágrafo 107). En la misma línea en *Otamendi Egiuren c. España* el TEDH «*39. Recuerda que en este caso, la noción de recurso efectivo implica, por parte del Estado, investigaciones en profundidad y efectivas propias que lleven a la identificación y al castigo de los responsables (Selmouni c. Francia [GC], núm. 25803/94, § 79, TEDH 1999-V)*» (Sentencia de 16 de octubre de 2012).

<sup>112</sup> TEDH, *Sandru y otros c. Rumania*, Sentencia de 8 de diciembre de 2009, parágrafo 62. Sobre este particular *vid.* F. LOZANO CONTRERAS, *cit.*, p. 67.

al autor de los crímenes carecería de consecuencias internacionales desde la perspectiva del incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España en materia de derechos humanos si ello hubiera acontecido a pesar de la actuación diligente del Estado. Esto es, a pesar de haber adoptado éste todos los medios para identificarlos. Por el contrario, si la imposibilidad de identificar al autor de los crímenes fuera consecuencia de la ausencia de investigación efectiva o el resultado de una investigación que no respondiera a los estándares internacionales exigidos, en tal caso estaríamos ante una violación de dicha obligación internacional.

Por otra parte, también hay que precisar que el pago de indemnizaciones a las víctimas no exime al Estado de su obligación de investigación efectiva. En el caso de España, además, se da la circunstancia de que las indemnizaciones otorgadas a las víctimas del terrorismo al amparo de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, como expresamente señala su art. 2.3, «no implican la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna», sino únicamente «hacer efectivo por razones de solidaridad el derecho de los damnificados a ser resarcidos o indemnizados en concepto de responsabilidad civil, subrogándose el Estado frente a los obligados al pago de aquéllas»<sup>113</sup>. Por lo tanto, las indemnizaciones otorgadas no lo han sido en reconocimiento de ninguna violación del Convenio europeo de derechos humanos por parte del Estado sino, exclusivamente, «por razones de solidaridad», como señala la citada Ley 32/1999<sup>114</sup>.

A la luz de estos parámetros jurisprudenciales internacionales<sup>115</sup>, es posible afirmar que la reparación que haya podido ser acordada a personas reconocidas como víctimas

<sup>113</sup> La Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo señala expresamente en su Exposición de Motivos que la misma «no pretende mejorar o perfeccionar las ayudas o prestaciones otorgadas al amparo de la legislación vigente, sino hacer efectivo —por razones de solidaridad— el derecho de los damnificados a ser resarcidos o indemnizados en concepto de responsabilidad civil, subrogándose el Estado frente a los obligados al pago de aquéllas» (BOE, núm. 242, de 9 de octubre de 1999). La cursiva es nuestra. El art. 2.3 de esta Ley precisa que las indemnizaciones otorgadas al amparo de la misma «se concederán por una sola vez y no implican la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna».

<sup>114</sup> En relación con esta legislación en materia de indemnizaciones a las víctimas del terrorismo, la que fuera Presidenta de la Fundación de Víctimas del Terrorismo, M. Pagazaurtundua Ruiz, afirma: «Tal vez deba plantearse nuestra sociedad cómo han sido posibles leyes de reparación a las víctimas del terrorismo que no hayan reparado en que casi un cincuenta por ciento de los casos de terrorismo etarra no tienen acceso a las mismas indemnizaciones que aquellos que han tenido una sentencia. Parece mentira que nadie en la Administración, en las direcciones que tramitaban los casos, se diera cuenta de que eran tantos» (M. PAGAZAURTUNDUA RUIZ, «Prólogo», en la obra de J.F. FERNÁNDEZ CALDERÍN, *Agujeros Del Sistema... cit.*, p. 11).

<sup>115</sup> Parámetros que vinculan a España tanto en su condición de Estado Parte en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 de noviembre de 1950 y de su aceptación en 1979 de la jurisdicción del TEDH, como de las obligaciones derivadas de los arts. 10.2 CE y 96 CE. España firma el Convenio el 24 de noviembre de 1977, ratificándolo el 4 de octubre de 1979 y entrando en vigor para España desde esa fecha (*vid. BOE*,

de ETA<sup>116</sup> en virtud de la citada legislación, carece de relevancia a la hora de enjuiciar la violación o no por España de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos —como la obligación de investigación efectiva— en relación con los atentados mortales de ETA todavía sin esclarecer y/o declarados prescritos por órganos judiciales españoles a los que, por ejemplo, aluden los informes de Fiscalía y de Presidencia de la Audiencia Nacional citados. Y ello porque, como señala el TEDH, sin investigación efectiva no hay reparación ni se satisface el derecho de las víctimas a la verdad<sup>117</sup>. Esto es, el derecho a «*tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular, de las violaciones perpetradas y su motivación*»<sup>118</sup>; para lo cual es *conditio sine qua non* una investigación efectiva con arreglo

---

núm. 243, de 10 de octubre de 1979). El 4 de octubre de 1979 reconoce «*como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial*» la jurisdicción del TEDH para «*conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de dicho Convenio*» a partir del 14 de octubre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979). Como ya hemos señalado, esta fecha constituye la «*fecha crítica*» respecto de los asuntos relativos a España, tal y como ha señalado el TEDH en su Sentencia de 27 de marzo de 2012, recaída en el asunto *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, núm. 301410/09 (cfr. TEDH, *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, parágrafo 34). El 11 de junio de 1981, aceptó la competencia de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos «*a partir de la fecha de 1 de julio de 1981*» (BOE núm. 155, de 30 de junio de 1981).

<sup>116</sup> No todas las víctimas de ETA han sido reparadas en el marco de la citada Ley ya que para ser reconocidas como tales es *conditio sine qua non* la existencia de sentencia judicial o de procedimiento que lo acredite y hay muchas víctimas de ETA que evidentemente carecen de tales requisitos. Es el caso, por ejemplo, de los extorsionados, de los miles de desterrados y amenazados.

<sup>117</sup> Sobre este particular, en su Sentencia de 24 de mayo de 2011 recaída en el asunto *Association «21 Décembre 1989» y otros c. Rumanía*, el TEDH (Gran Sala) da un paso más en su construcción relativa a la obligación de investigación efectiva subrayando que la misma —junto al derecho a la reparación— forma parte integrante del derecho de las víctimas a la verdad. En palabras del Tribunal, «*el derecho de las víctimas y de sus familias y causabientes a conocer la verdad sobre las circunstancias de acontecimientos que implican la violación masiva de derechos tan fundamentales como el derecho a la vida, ... implica el derecho a una investigación judicial efectiva y el eventual derecho a la reparación*» (TEDH, *Association «21 Décembre 1989» y otros c. Rumanía*, (Gran Sala), Sentencia de 24 de mayo de 2011, parágrafo 144). El TEDH también aborda el derecho a la verdad en los asuntos siguientes: *El-Masri c. la ex república yugoslava de Macedonia*, (Gran Sala), Sentencia de 13 de diciembre de 2012; *Al Nashiri c. Polonia*, Sentencia de 24 de julio de 2014.

En relación con los atentados de ETA, J.F. FERNÁNDEZ CALDERÍN afirma que «*el derecho a la verdad de muchas familias de víctimas del terrorismo se conculcó a los pocos meses de perpetrarse el crimen. En ocasiones ese derecho fue corrompido por indagaciones poco efectivas, de corta duración y realizadas con desgana. Son pocos los atentados no resueltos cuya investigación se prolongase durante años*» (J.F. FERNÁNDEZ CALDERÍN, *Agujeros Del Sistema... cit.*, p. 110).

<sup>118</sup> ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 62.º periodo de sesiones, Tema 17 del programa provisional, *Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 9 de enero de 2006 (E/CN.4/2006/91), parágrafo 59.

a los estándares internacionales ya examinados<sup>119</sup>. Un derecho, como concluye el Defensor del Pueblo, que «no ha sido satisfecho a todas las víctimas del terrorismo de ETA»<sup>120</sup>.

3. «*La petición de auxilio internacional en este caso parte de un error de principio: el ejercicio de la acción penal basado en la jurisdicción universal por la naturaleza de los delitos no puede convertirse en un juicio de revisión de lo actuado por los Tribunales del país del locus delicti comissi*».

Se afirma lo anterior en relación con el carácter subsidiario de la potestad jurisdiccional de los Estados respecto de los hechos acaecidos en su territorio o bajo su jurisdicción y que se concreta en el hecho de que, como señala el Auto,

«*solamente en los supuestos de imposibilidad del ejercicio de la acción penal o de falta de voluntad para ejercitarla despliega sus efectos la jurisdicción universal de forma complementaria con la jurisdicción de la Corte Penal Internacional*»<sup>121</sup>.

En relación con este punto, el criterio del Magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional es que en los procedimientos incoados en España para la investigación de los atentados objeto de la Comisión Rogatoria,

«*se agotaron todas las vías de investigación y, sólo de forma excepcional, no se formuló acusación por la insuficiencia de elementos de prueba contra personas presuntamente responsables de los hechos*» por lo que, en consecuencia, «*no se dan los presupuestos de hecho que justifican la actuación de los tribunales argentinos en virtud del principio de la jurisdicción universal en estos procedimientos*»<sup>122</sup>.

A la luz tanto de los datos aportados por los informes de Fiscalía y Presidencia de la Audiencia Nacional ya examinados (y de las deficiencias que los mismos revelan), como de la negativa de los órganos judiciales españoles a proceder al examen de los mismos en su vertiente de crímenes de lesa humanidad por ser anteriores a la tipificación de este crimen en el Código Penal (como ya hemos visto), cabe preguntarse si la Comisión Rogatoria carece realmente de fundamento, toda vez que el principio de justicia universal (como señala el propio Magistrado en su Auto) es operativo en los «*supuestos de imposibilidad del ejercicio de la acción penal o de falta de voluntad para ejercitarla*», circunstancias ambas presentes en el caso que nos ocupa.

<sup>119</sup> Vid. in extenso J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho a la Verdad y Derecho Internacional en relación con graves violaciones de los Derechos Humanos*, Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute, Madrid, 2017. En el terreno normativo vid. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147, de 19 de abril de 2005, de la Asamblea General, contenidos también en la Resolución 2005/35, de 19 de abril, de la Comisión de Derechos Humanos. Asimismo el Informe *Estudio sobre el derecho a la verdad*, ya citado.

<sup>120</sup> Defensor del Pueblo, *Estudio sobre los derechos de las víctimas de ETA. Su situación actual*, cit., p. 69.

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 5.

<sup>122</sup> *Ibid.*

Con carácter complementario cabe añadir que el resultado final al que fueron abocados muchos de esos sumarios (sobreseimientos provisionales y definitivos, prescripciones, expurgos), fue consecuencia de la violación de obligaciones internacionales contraídas por España en materia de derechos humanos<sup>123</sup>. Lo abordamos a continuación.

4. «En los procedimientos incoados en España para la investigación de los atentados a los que se refiere la presente Comisión Rogatoria, se agotaron todas las vías de investigación y, sólo de forma excepcional, no se formuló acusación por la insuficiencia de elementos de prueba contra personas presuntamente responsables de los hechos. Por lo tanto, no se dan los presupuestos de hecho que justifican la actuación de los tribunales argentinos en virtud del principio de la jurisdicción universal en estos procedimientos».

En la medida en que la afirmación anterior va referida a los atentados a los que se refiere la Comisión Rogatoria —atentados que provocaron la muerte de «379 ciudadanos españoles, víctimas de los delitos de asesinato y lesa humanidad cometidos por la organización terrorista ETA»— y que todos ellos son anteriores a la tipificación del crimen de lesa humanidad en España (1 de octubre de 2004), necesariamente tenemos que volver nuevamente a la información y a los datos expuestos en los informes de Fiscalía y Presidencia AN<sup>124</sup>. De los mismos se desprende de manera clara y rotunda que en muchos casos **no** «se agotaron todas las vías de investigación»<sup>125</sup>. Por el contrario, se produjeron deficiencias que condicionaron el resultado de muchos sumarios hasta el punto de haber conducido a la prescripción de muchos de ellos<sup>126</sup>.

Asimismo, y por los mismos motivos, también es posible cuestionar la afirmación de que «sólo de forma excepcional, no se formuló acusación por la insuficiencia de elementos de prueba contra personas presuntamente responsables de los hechos». Sin lugar a dudas, respecto de los sumarios incurso en las circunstancias siguientes:

— los 52 inicialmente pendientes de localizar y reducidos a 6 en 2012<sup>127</sup>;

<sup>123</sup> Sobre esta cuestión *vid.* C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *cit.*, pp. 28-41.

<sup>124</sup> Informes que únicamente versan sobre los 349 atentados sobre los que la Fundación de Víctimas del Terrorismo solicita información, por lo que pueden existir más asuntos afectados por tales insuficiencias.

<sup>125</sup> «En 1980 se produjeron al menos 18 asesinatos de ETA que jamás fueron resueltos por los investigadores policiales y judiciales. La administración de Justicia no puso cara ni nombre a autores ni colaboradores. Dio carpetazo en menos de seis meses a siete de ellos. Dedicó menos de un año de investigación a once asesinatos. Sólo cinco casos permanecieron abiertos más de 24 meses» (J.F. FERNÁNDEZ CALDERÍN, *Agujeros Del Sistema... cit.*, p. 103).

<sup>126</sup> Una prescripción, en nuestra opinión, nula por haber acontecido en violación de obligaciones internacionales contraídas por España en materia de derechos humanos como, por ejemplo, la obligación de investigación efectiva, el derecho de recurso o el derecho a la verdad.

<sup>127</sup> Seis que, en la actualidad, continúan sin ser localizados.

- los 174 sobreseimientos y archivos definitivos o provisionales, muchos de ellos a los pocos meses de la comisión del atentado en cuestión<sup>128</sup>. Todos ellos, procesos sin sentencia<sup>129</sup>;
- *«el elevado número de causas archivadas por los Juzgados de Instrucción del País Vasco, sin que existiera inhibición a esta Audiencia Nacional, como sería preceptivo»* toda vez que ésta ya había sido creada<sup>130</sup>;
- los sumarios prescritos como consecuencia de tales deficiencias<sup>131</sup>.

Por todo ello, y a partir de los datos revelados por ambos informes más el de Fiscalía AN de 2017, es posible dudar más que razonablemente de que respecto de todos ellos *«se agotaron todas las vías de investigación»* así como de que *«sólo de forma excepcional no se formuló acusación por la insuficiencia de elementos de prueba contra personas presuntamente responsables de los hechos»*, ya que los sumarios afectados por tales deficiencias representan el 30% de los relativos a asesinatos cometidos por la organización terrorista ETA.

Es más, en los Informes examinados, la propia Presidencia AN explica los motivos de tales deficiencias: en la fecha de su creación (1977) la AN no disponía de sistemas informáticos para registrar el devenir de los procesos; en esa época la AN *«sólo contaba con dos Juzgados Centrales de Instrucción, a diferencia de los seis que existen en la actualidad»*; los atentados anteriores a la creación de la AN *«fueron asumidos inicialmente por los Juzgados vascos, algunos de los cuales, una vez creada la AN, no remitían las actuaciones a esta sino a Juzgados de Instrucción o de lo Penal de la Plaza de Castilla de Madrid»*; y, por último, *«los*

<sup>128</sup> «Lo que permite poner en tela de juicio que respecto de ellos existiera una investigación efectiva. La mayoría de esos casos corresponden a atentados todavía sin resolver. A título de ejemplo cabe citar los siguientes: atentado cometido en Irún el 23 de mayo de 1978 (M.M.S.) y Auto de sobreseimiento provisional por autor desconocido, de fecha 21 de junio de 1978, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Sebastián; atentado cometido en Elorrio el 27 de marzo de 1984 (J.N.M.) con Auto de archivo de fecha 26 de abril de 1984; atentado en Pamplona el 1 de mayo de 1980 (J.O.M.) y Auto de sobreseimiento de fecha 29 de julio de 1980 y Auto de archivo de fecha 13 de agosto del mismo año por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Pamplona; atentado en San Sebastián el 28 de julio de 1979 (A.P.M.) y Auto de sobreseimiento provisional de fecha 28 de septiembre de 1979» (C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *cit.*, p. 32, nota 120).

<sup>129</sup> El Colectivo de Víctimas del Terrorismo del País Vasco (COVITE) «cifra en 133 los procesos judiciales sin sentencia de ningún tipo. Los mismos conciernen a 164 víctimas de ETA» (*ibid.*, nota 121).

<sup>130</sup> Presidencia AN, «Balance provisional...», *cit.*, p. 1). Por lo tanto causas viciadas y susceptibles de haber prescrito como consecuencia de ello. Causas archivadas por tales Juzgados a pesar de que carecían de competencia para ello toda vez que ya había sido creada la Audiencia Nacional.

<sup>131</sup> «El Informe de Fiscalía (2011) cifra en 118 los asesinatos prescritos. El Informe de Presidencia AN (2012) no dice nada. Según la estimación de COVITE, superan el centenar (102 a fecha de octubre de 2013)» (C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *cit.*, p. 32, nota 122). En palabras del TEDH, el Tribunal «no puede aceptar que una investigación sea efectiva cuando la misma tiene por efecto la prescripción de la responsabilidad penal, cuando son las propias autoridades las que han permanecido inactivas» (*Association «21 Décembre 1989» y otros c. Rumanía*, (Gran Sala), Sentencia de 24 de mayo de 2011, parágrafo 144. La cursiva es nuestra.

Juzgados que tuvieron algún tipo de relación con los asuntos, carecían de sistemas informáticos en aquellas fechas»<sup>132</sup>.

Es precisamente por las consecuencias derivadas de tales deficiencias que el Defensor del Pueblo recomienda a la Fiscalía General del Estado:

- «1. Continuar las actuaciones procesales emprendidas para intentar la depuración de responsabilidades penales en los atentados terroristas no resueltos».
2. Evitar la prescripción de los mismos y ejercer las iniciativas pertinentes en el procedimiento de extradición de aquellos miembros de la organización terrorista ETA que no estén a disposición de la justicia española, y tienen causas judiciales pendientes en nuestro país»<sup>133</sup>.

#### *Nuevo escrito de la Cámara Criminal y Correccional Federal*

En respuesta al rechazo del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 a completar la Comisión Rogatoria, en escrito fechado el 6 de mayo de 2017 la Cámara Criminal y Correccional Federal reclama nuevamente a la Audiencia Nacional toda la documentación que tenga en su poder sobre casos sin resolver. En el mismo, el órgano judicial argentino afirma que:

*«Una lectura adecuada del pronunciamiento del juzgado central 6 de la ciudad de Madrid no permite llegar “tan fácilmente” a esta conclusión —que se ha investigado y enjuiciado de forma efectiva a cientos de individuos por su participación en los crímenes atribuidos a la organización terrorista ETA— por cuanto dicho tribunal se ha expedido en forma “abstracta y general” sobre los delitos cometidos por ETA, no brindando información concreta sobre los casos específicos, respecto de los que la querrela reclama investigación judicial en Argentina»<sup>134</sup>.*

Y añade:

*«En este sentido, el juzgado español se expresa en los siguientes términos: “Todos los crímenes cometidos por ETA han sido objeto de investigación policial y judicial, bien en España, bien en Francia, y en la mayor parte de los casos se ha detenido, imputado, acusado y condenado a los autores y partícipes de tales delitos”»<sup>135</sup>.*

<sup>132</sup> Presidencia AN *Balance provisional... cit.*, p. 2. Sin embargo, como ha manifestado el TEDH, el Estado no puede ampararse en el contexto —el que sea— para justificar su comportamiento o su pasividad ya que «las autoridades —en cumplimiento de su deber de diligencia— deben haber adoptado las medidas razonables de que disponían para asegurar la obtención de las pruebas relativas al incidente en cuestión» (C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *cit.*, p. 37). De lo contrario, «las carencias de la investigación corren el riesgo de hacer concluir que la misma no responde a la norma de efectividad requerida» (TEDH (Gran Sala), *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, Sentencia de 7 de julio de 2011, parágrafo 166).

<sup>133</sup> Defensor del Pueblo, *Estudio sobre los derechos de las víctimas de ETA... cit.*, p. 73.

<sup>134</sup> *El Mundo*, miércoles, 10 de mayo de 2017, p. 18.

<sup>135</sup> *Ibid.*

En consecuencia, considera «prematura» la decisión de la Audiencia Nacional de cerrar la Comisión Rogatoria solicitada «por lo que corresponde revocar la resolución apelada, debiendo el magistrado reiterar el exhorto a España»<sup>136</sup>.

Ahora bien, en esta ocasión, y «al menos inicialmente», la Comisión Rogatoria centra su petición en todo lo referente a los asesinatos de José Luis Caso y de Manuel Zamarreño (concejales del Partido Popular en Rentería, Guipúzcoa, cuando fueron asesinados)<sup>137</sup>. En palabras del propio escrito judicial:

*«ambos habrían sido amenazados con el objeto de lograr su expulsión del territorio de la comunidad vasca y asesinados ante su negativa, ello como parte de la política de persecución de ETA y en particular como consecuencia de la estrategia de ‘socialización del sufrimiento’ implementada a partir de que la Mesa Nacional de HB (ilegalizada por su dependencia de ETA) aprobó en 1994 la Ponencia Oldartzen, todo lo cual les otorgaría el carácter de delitos de lesa humanidad»*<sup>138</sup>.

En diciembre de 2017 el mismo juez, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 6 de Buenos Aires (Sr. Rodolfo Canicoba) envió un nuevo exhorto pidiendo colaboración al tribunal español competente después de que las autoridades españolas devolvieran uno anterior «haciendo mención a supuestas afirmaciones y omisiones que no fueron efectuadas por este tribunal»<sup>139</sup>. En este nuevo exhorto «el

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *Vid. ut supra*, nota 80.

<sup>138</sup> *Ibid.* Ponencia atribuida al miembro de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, Rufino Etxeberria (uno de los 22 miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna contra los que va dirigida la querrela presentada en Argentina). Fue aprobada por Herri Batasuna en 1994: «La estrategia de extender sus acciones terroristas a concejales la certificó ETA apoyándose en la ponencia “Oldartzen”, aprobada por HB en 1994 y en la que se abogaba por «socializar el sufrimiento». La banda terrorista ponía de nuevo en el centro de su diana a la clase política, algo que no sucedía desde mediados de la década de los ochenta. La primera víctima fue Gregorio Ordóñez. El portavoz del PP en el Ayuntamiento de San Sebastián fue asesinado el 23 de enero de 1995. Fue el inicio de una dinámica de terror que ha salpicado a esta formación, al PSE y a UPN, y que se ha desarrollado por el País Vasco, Navarra, Cataluña y Andalucía. Tuvo que pasar año y medio para que la banda volviese a matar a un concejal. ETA ejecutó a Miguel Ángel Blanco en julio de 1997. La espiral de violencia se desató a partir del 11 de diciembre de ese mismo año: la banda asesinó en Rentería al también edil del PP José Luis Caso. Desde entonces y hasta junio de 1998 cayeron José Ignacio Iruretagoyena, Alberto Jiménez Becerril —también su esposa—, Tomás Caballero y Manuel Zamarreño. Todos del PP y UPN. La tregua de Lizarra detuvo los asesinatos. Una vez rota, volvieron. Jesús María Pedrosa, José María Martín Carpena, Manuel Indiano y José Luis Ruiz Casado —todos populares— fueron asesinados entre el 3 de junio y el 20 de septiembre de 2000. En diciembre una bomba acabó con la vida de Francisco Cano; en marzo de 2001 el socialista Froilán Elespe recibió un tiro en la nuca; y en julio de ese mismo año era asesinado José Javier Múgica. El último concejal muerto a manos de ETA es Juan Priede, el 20 de marzo de 2002». (El Diario Vasco, 8 de junio de 2007, [http://www.diariovasco.com/prensa/20070608/politica/estrategia-presion-disenada-raiz\\_20070608.html](http://www.diariovasco.com/prensa/20070608/politica/estrategia-presion-disenada-raiz_20070608.html)). Ahora bien, la política de persecución también tuvo por objeto otros colectivos sociales: jueces, periodistas, profesores, etc.

<sup>139</sup> *El Mundo*, 11 de diciembre de 2017. (<http://www.elmundo.es/espana/2017/12/11/5a2e6331268e3eb0298b4651.html>)

juez Rodolfo Canicoba, que ha hecho ya cuatro peticiones de auxilio judicial, reprocha a España la devolución del primer exhorto diplomático que envió pidiendo colaboración en esta causa en la que investiga los asesinatos de los concejales del PP José Luis Caso y Manuel Zamarreño»<sup>140</sup>.

De conformidad con la información disponible al respecto en el momento de cerrar el presente trabajo, el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 6 de Buenos Aires «no entiende que el motivo de la devolución de ese primer exhorto sea que la causa tiene “por objeto investigar la muerte de 379 ciudadanos españoles”, cuando expresamente se ha señalado que aquí se investigan los asesinatos de dos personas»<sup>141</sup>.

En su respuesta, «las autoridades españolas aducen además que no se señalan las fechas de los hechos objeto de investigación, a lo que el juez replica que “expresamente se ha indicado que estos dos asesinatos ocurrieron el 11 de diciembre de 1997 y el 25 de mayo de 1998, respectivamente»<sup>142</sup>. Además, «le indicaban que no había hecho un exposición de los hechos “cuando expresamente se ha efectuado un relato de ellos” y que había solicitado “de forma indiscriminada” copia de cientos de procedimientos “cuando se ha solicitado copia sólo de dos, precisa el juez argentino en este nuevo exhorto»<sup>143</sup>.

Recuerda, por último, «que se han efectuado cuatro peticiones de auxilio judicial y sólo ha tenido respuesta la primera, por lo que vuelve a remitir un nuevo exhorto “al Juzgado Federal con competencia Criminal de la ciudad de Madrid”, para conocer si ha habido investigaciones penales por los hechos denunciados y “en caso afirmativo, remita copias de las actuaciones correspondientes a esos dos procedimientos»<sup>144</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Contrariamente a lo que señalan los Autos de la Audiencia Nacional examinados en el presente trabajo, el hecho de que no exista una definición consensuada de terrorismo y que éste no se encuentre incluido dentro del catálogo de conductas de la jurisdicción de la CPI no significa que no sea un crimen internacional. Ello, sin perjuicio de que tanto en el marco de la ONU (Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad) como en el de la UE (Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo) sí existen catálogos de conductas calificadas como terrorismo y normas que definen los elementos presentes en las mismas y que obligan a los Estados a tipificarlas como tal en su orden interno.

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> *Ibid.*

Independientemente de ello, muchas conductas terroristas pueden ser enjuiciadas como crímenes de lesa humanidad si concurren los elementos inherentes a este tipo criminal. Esto es, cuando son cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; elementos que reúnen no sólo los atentados con resultado de muerte cometidos por la organización terrorista ETA a lo largo de sus casi cinco décadas de existencia sino, también, otras conductas practicadas por ella y enumeradas en el art. 7 ECPI: secuestros, traslado forzoso de población, persecución de un grupo o colectividad por motivos políticos o desaparición forzada de personas, por ejemplo.

Lo que los atentados de la organización terrorista ETA **no son** es, como señalan los Autos examinados, «*actos aislados*» enjuiciables, por lo tanto, como atentados individualizados ni actos «*azarosos*» que se agotan en sí mismos. Por el contrario, como acreditan tanto los documentos incautados a la propia organización terrorista como su propia actividad a lo largo de esas casi cinco décadas, todos esos actos (así como el resto de conductas practicadas por ella) están enlazados y vinculados entre sí y todos han sido ideados y planificados (por las respectivas cúpulas de la organización terrorista) y cometidos por los miembros de dicha organización en aras del logro de los objetivos perseguidos por la misma. En otros términos, han respondido a un ataque generalizado (cometidos a gran escala en el País Vasco y en el resto de España y con multiplicidad de víctimas), sistemático (con arreglo a un plan o política premeditados) y con conocimiento de dicho ataque (siendo conscientes tanto los que los planearon como sus ejecutores de la finalidad que perseguían). Claro y revelador testimonio de ello lo constituye el *Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos sobre su viaje a España y, en particular, al País Vasco, del 5 al 8 de febrero de 2001*, utilizado únicamente por el Magistrado J.P. González en su Auto de 27 de octubre de 2015. Son, por lo tanto, crímenes de lesa humanidad.

Desechada la jurisdicción española por la interpretación contenida en los autos examinados, la cuestión permanece abierta actualmente ante la Justicia argentina en virtud de la querrela presentada por la asociación *Dignidad y Justicia* sobre la base del principio de justicia universal. Máxime cuando, como señala el órgano judicial argentino, la Comisión Rogatoria ha sido rechazada por la Audiencia Nacional sobre la base genérica de que «*Todos los crímenes cometidos por ETA han sido objeto de investigación policial y judicial, bien en España, bien en Francia, y en la mayor parte de los casos se ha detenido, imputado, acusado y condenado a los autores y partícipes de tales delitos*»; afirmación difícilmente sostenible sobre la base de los Informes de Fiscalía (2011) y de Presidencia de Audiencia Nacional (2012) emitidos en respuesta a la solicitud de información formulada por la Fundación de Víctimas del Terrorismo en relación con 350 atentados sin resolver y reiterada y confirmada por el Informe de Fiscalía de la Audiencia Nacional de inicios de 2017 que concluye que los atentados mortales en los que no se ha podido exigir responsabilidades criminales a sus autores y/o cómplices ascienden a 224; atentados en los que fueron asesinadas 297 personas.

Todos estos Informes revelan grandes y graves deficiencias en un 30% de los sumarios relativos a atentados a día de hoy sin resolver y muchos de ellos prescritos como consecuencia de un funcionamiento anormal de los órganos del Estado y en violación de las obligaciones internacionales contraídas por España en materia de derechos humanos; circunstancias ambas que han favorecido y consolidado la impunidad de tales crímenes en perjuicio tanto del Estado de Derecho (incapaz de hacer justicia) como de los derechos de las víctimas del terrorismo afectadas; víctimas que son objeto de una nueva victimización, esta vez por parte del Estado.

Resulta significativa y sorprendente la dificultad existente en el seno de la Audiencia Nacional —a la luz de los autos examinados— para reconocer que el terrorismo practicado durante casi cinco décadas por la organización terrorista ETA reúne los elementos que permiten calificarla como crimen de lesa humanidad; dificultad que consolida una impunidad injustificable e inaceptable.

En la misma línea y con idéntico resultado, la negativa a que sea la Justicia Argentina la que, en virtud del principio de justicia universal, pueda conocer este lamentable estado de cosas y pronunciarse al respecto cuando es la propia jurisdicción española la que se niega a hacerlo.

## TITLE

TERRORISM AND CRIMES AGAINST HUMANITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE AUDIENCIA NACIONAL CONCERNING THE BASQUE NATIONALIST TERRORIST ORGANIZATION ETA

## SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. ATTACKS COMMITTED FROM 1 OCTOBER 2004 AND ITS INVOCATION AS CRIMES AGAINST HUMANITY. 1. The decision of 9 of July of 2015, of the Central Court of Instruction N.º 3 (Preliminary proceedings, abbreviated procedure 89/2013-Doc 125). 2. The decision of 27 of October of 2015 of processing of five members of the governing body of the Basque terrorist nationalist organization ETA. 3. The decision of 20 April 2016 issued by the magistrate-Judge of the Central Court of Instruction No. 3. III. ATTACKS COMMITTED BEFORE 1 OCTOBER 2004 AND ITS INVOCATION AS CRIMES AGAINST HUMANITY. 1. Decision N.º 155/2016, of 8 of April of 2016, of the Central Court of Instruction N.º 2, National Audience (summary 22/2000). 1.1. *The interpretative parameter: the crime against humanity.* 1.2. *The elements of the crime against humanity.* 2. The International rogatory commission from Argentina. 2.1. *Assessment of the response of the Spanish judicial body in the light of the international obligations contracted by Spain in the field of human rights.* IV. CONCLUSIONS.

## KEY WORDS

*Terrorism; Crime against humanity; Universal justice; National jurisdiction; Argentina.*

## ABSTRACT

*Different legal decisions issued from the Audiencia Nacional (the judicial body competent in Spain in the field of terrorism) in connection with complaints filed by individuals nationalist and associations of victims of terrorism*

*against members of the Basque nationalist terrorist organization ETA and against leaders of their political branch (Herri Batasuna) reject terrorism as a crime against humanity. This work, on the contrary, argues that they are crimes against humanity because the attacks and behaviors in question bring together the elements demanded by this international crime by being committed as part of a widespread or systematic attack against a civilian population and with knowledge of that attack.*

*All this in connection with attacks committed both before and after 1 October 2004, date of the entry into force of the reform which included the crime against humanity in art. 607 bis of the Spanish Penal Code (as a result of the ratification of the Statute of the ICC by Spain).*

---

Fecha de recepción: 08-11-2017

Fecha de aceptación: 22-11-2017

