



**AUDIENCIA PROVINCIAL
BARCELONA
SECCIÓN OCTAVA**

**Rollo nº 143/24
Diligencias Previas 1500/2023
Juzgado de Instrucción nº 18 de los de Barcelona**

AUTO

Ilmos. Sres.

D^a M^a Mercedes Armas Galve
D^a M^a Mercedes Otero Abrodos
D. Miguel Ángel Ogando Delgado
D^a Luisa Balagueró Barrios
D. Luis Delgado Muñoz
D^a Aurora Figueras Izquierdo

En la ciudad de Barcelona a 20 de enero de 2025

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de octubre de 2023 se dictó por el Juzgado de Instrucción nº 18 de Barcelona auto por el que se inadmitía a trámite la querrela interpuesta por la representación de JOSÉ CARLOS VALLEJO CALDERÓN contra diversos miembros del Cuerpo General de la Policía adscritos a la Sexta Brigada Regional de Investigación Social de la Jefatura Superior de Policía de Barcelona por unos hechos que denuncia acaecidos el 17 de diciembre de 1970 y el 3 de noviembre de 1971, fechas en que tuvieron lugar las dos detenciones del querellante por parte de los querellados, estimando que los hechos que relata en su escrito son constitutivos de delitos de lesa humanidad del artículo 607 Bis C.P., y de torturas del artículo 174 C.P., infracciones que considera el apelante imprescriptibles, de conformidad con lo prevenido en el artículo 131 C.P.

SEGUNDO.- Con carácter previo al dictado de dicha resolución, conferido traslado al Ministerio Fiscal, se interesó por éste la inadmisión de la querrela y la consecuente confirmación del auto impugnado, pero, con motivo de un nuevo escrito del querellante en que se complementaban ciertas alegaciones en defensa del contenido de la querrela, un nuevo traslado al Ministerio Fiscal en relación a este extremo, provoca que éste, en contra de sus postulados anteriores, solicite la admisión de la querrela y la sustanciación de diligencias para la investigación de lo acaecido.





TERCERO.- Asimismo, y tras varias vicisitudes procesales, por providencia de 3 de noviembre de 2023 se tuvo a la Generalitat de Catalunya por personada en las actuaciones como acusación popular, habiéndose ésta adherido, finalmente, a los sendos recursos de apelación contra el auto de 5 de octubre de 2023 interpuestos por las acusaciones pública y particular en la petición de que se incoen diligencias y se inicie trámite de investigación de los hechos denunciados en la querrela.

CUARTO.- Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Mercedes Armas Galve, que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El escrito de querrela que provoca la incoación de las presentes Diligencias Previas y la inadmisión de la querrela puede dividirse en dos apartados. El primero de ellos contiene el relato de hechos en que fundamenta el querellante sus peticiones de investigación judicial contra varios miembros de la Sexta Brigada Regional de Investigación Social de la Jefatura de la Policía de Barcelona: se detalla la presunta intervención de los querrelados en los hechos que acabaron con sendas detenciones del Sr. Vallejo el 17 de diciembre de 1970 y el 3 de noviembre de 1971, su estancia en dependencias policiales, donde habría sido sometido a hechos cometidos por los querrelados, que se califican por el Sr. Vallejo como constitutivos de delitos contra lesa humanidad y delitos de tortura, y su posterior ingreso, en ambos casos, en la prisión de Hombres de Barcelona, para ser objeto, finalmente, de la incoación contra su persona de los Sumarios 1221/70 y 1192/71, que acabaron, en ambos casos, con varias condenas privativas de libertad contra el Sr. Vallejo, pronunciadas por el entonces Tribunal de Orden Público.

En relación a la primera detención, acaecida al 17 de diciembre de 1970, se denuncian por el querellante continuos interrogatorios, constantes subidas y bajadas a los calabozos, con la consecuente desubicación espacio temporal, y el sometimiento a técnicas de tortura, tanto física como psicológica, con el objetivo de obtener información sobre su participación e intervención en el PSUC y Comisiones Obreras, además de su actividad sindical en la empresa SEAT, en la que entonces trabajaba y donde habría comenzado su implicación sindical.

La tortura física habría consistido en golpes y patadas, habiéndosele encapuchado y maniatado por debajo de la rodilla, lo que le obligaba a estar durante horas en posición de cuclillas. También denuncia haber sido sometido a asfixia mediante el "método de la bolsa". Denuncia haber sido apuntado con una pistola que luego resultó ser una grapadora, y haber sufrido durante su detención unas condiciones inadmisibles de frío





intenso, sin camas ni colchones, falta de luz natural y alimentación deficitaria, sin haber tenido oportunidad de contactar con amigos o familiares ni de haber contado con asistencia letrada.

Consecuencia de esta primera detención, fue acusado, junto a otras cinco personas más, de varios delitos (asociación ilícita, propaganda ilegal y atentado, entre otros) siendo que durante el trámite de la instrucción habría estado en situación de prisión provisional hasta su puesta en libertad el 3 de junio de 1971. Su enjuiciamiento tuvo lugar por el Tribunal de Orden Público el 13 de noviembre de 1973 y resultó condenado (en rebeldía) por los delitos antedichos a varios años de prisión.

La segunda detención de 3 de noviembre de 1972 también significó, según se recoge en la querella, la incoación de Sumario 1192/1971; fue puesto en libertad el 14 de diciembre de ese mismo año, marchando al exilio y siendo objeto de nueva condena también por el Tribunal de Orden Público, en fecha 5 de marzo de 1973 por un delito de propaganda ilegal, a una pena de 2 años y 4 meses de prisión y 10.000 pesetas de multa. De esta condena fue indultado por el Tribunal el 12 de febrero de 1976.

Un nuevo Sumario 1295/71 fue incoado contra su persona por militancia y actividad político-sindical, que terminó en sentencia absolutoria.

La segunda parte de la querella, a raíz del relato de hechos que hemos visto, fundamenta jurídicamente la apertura de diligencias de investigación por el Juzgado instructor con apoyo en cinco apartados: la obligatoriedad de Jueces y Tribunales de investigar en cualquier tiempo delitos de lesa humanidad y de torturas; la calificación de los hechos referenciados como, precisamente, delitos de esa naturaleza; la defensa del principio de legalidad en el Derecho Internacional, la imprescriptibilidad de los crímenes denunciados y la inaplicabilidad a los hechos objeto de querella de la Ley de Amnistía 46/1977.

SEGUNDO.- Vaya por delante que el planteamiento jurídico que se hace en la querella que ahora se somete a nuestra consideración se ofrece serio y riguroso, además de coherente con los postulados que se defienden, manejando resoluciones y pronunciamientos tanto a favor como en contra de las pretensiones que se exponen, pero dando, en definitiva, una interpretación a muchos de esos autos, sentencias, normas, tratados internacionales e informes que, a entender de este Tribunal, no se ciñe al sentir de nuestra jurisprudencia ni de nuestras leyes.

Vamos a alterar un tanto el orden de los apartados que conforman la fundamentación jurídica de la querella, y principiaremos por el análisis que merece la Ley de Amnistía 46/1977, para abordar, a continuación, las resoluciones de nuestra jurisprudencia más relevantes al respecto.





Estudiaremos, también, los conceptos de delitos de lesa humanidad y de tortura y su entrada en nuestro Ordenamiento, para acabar por analizar si el Derecho Internacional puede erigirse como norma suficiente para suplir la falta de derecho positivo interno u qué aportaciones ha hecho a todo ello la Ley de Memoria Democrática 20/2022.

I.- Hay que dejar sentado que la amnistía era una de las reivindicaciones de la oposición al franquismo, reclamada desde los años 50, unida a la política de reconciliación nacional, querida por el Partido Comunista de España, desde su manifiesto de 1956, y, a pesar de que hubo normas anteriores que desarrollaron el derecho de gracia, el indulto y la propia amnistía (los Decretos 2940/1975 de 25 de noviembre de Indulto General por la Proclamación de Juan Carlos de Borbón como Rey o el Real Decreto Ley 10/1976 de 30 de julio de Amnistía –antecedente de la Ley 46/77 de 15 de octubre- y Real Decreto Ley 19/1977 de 14 de marzo sobre medidas de gracia) a pesar de ello decimos, la Ley 46/1977 de 15 de octubre que ahora va a ocuparnos contiene una ampliación de los supuestos cubiertos en los textos anteriores, y devino la ley definitiva, como señalaba la STC 76/1986 de 9 de junio.

En su artículo 1 la Ley declara amnistiados *a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.*

b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.

c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

Y su artículo 2 recoge los delitos que, *en todo caso* estaban comprendidos en los enunciados anteriores, entre ellos, y en lo que aquí ahora importa: *e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley. f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.*





Con estos dos incisos se pensaba en la represión policial ejercida por el franquismo, principalmente en los años 60 y 70, tanto en sus autores como en sus víctimas, quedando fuera del ámbito de la ley los horrores de la Guerra Civil, que no se juzgaron y que, en su gran mayoría, estaban prescritos, lo que impedía considerar que debieran ser objeto de amnistía. Algunos autores subrayan (entre ellos, Araceli Manjón-Cabeza en el análisis que hace sobre los efectos jurídicos de la Ley de Amnistía de 1977 en su artículo publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 25-20) que el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 14 de octubre de 1977 recoge el debate de la proposición de la Ley de Amnistía y su votación, subrayando esta autora que en los antecedentes de la proposición de la Ley hubo un total de tres propuestas en torno a los hechos que debieran ser objeto de la amnistía: la amnistía sindical y laboral, propuesta por Comisiones Obreras; una amnistía política, propuesta por los grupos socialista, mixto, comunista, vasco y catalán, y una amnistía para los delitos de "intencionalidad política" y para los cometidos por autoridades y agentes del orden en la persecución de esos delitos de intencionalidad política. (UCD) Estos últimos cristalizarían en los apartados e) y f) que hemos transcrito.

La proposición de Ley que presentan finalmente la mayoría de los grupos fue el fruto de consenso entre las tres amnistías, de modo que la amnistía sindical y laboral se integraría en la Ley a cambio de la amnistía para los funcionarios y autoridades que persiguieron actos políticos de persecución al franquismo.

Y todos los grupos políticos que terminaron votando a favor del texto resaltaban la idea de conciliación nacional (Grupo Comunista) afianzamiento de la democracia (Partido Socialista Popular) la necesaria supresión del delito político (Socialistes de Catalunya) y el entierro del pasado y de la Guerra Civil "presupuesto inexcusable de la reconciliación y de la democracia" que subrayaran el grupo vasco y catalán (como recoge la Sra. Manjón-Cabeza en el referenciado artículo).

Así las cosas, resulta que la Amnistía de 1977 fue una decisión del Poder Legislativo, aprobada por las Cortes elegidas democráticamente y contando con un amplísimo apoyo político. En el Diario de Sesiones, se recoge que el resultado de la votación fue de 317 votos emitidos, de los cuales 296 fueron afirmativos y correspondían a UCD, PSOE, PC, PDC (Pacto Democrático por Cataluña), PNV, PSP, UCD Y ERC). (Sra. Manjón-Cabeza)

Y en lo que aquí ahora importa, resulta aplicable a algunos de los delitos cometidos por la policía o por sus responsables en la persecución de actividades de la oposición antifranquista, sobre todo en los últimos años de la dictadura.





Ahora bien, como defienden muchos autores, la amnistía no era aplicable por su sola mención en la Ley, sino que requería de un acto judicial previo que hubiera dictado condena por delitos susceptibles de ser amnistiados en ese momento a raíz de la Ley 46/77.

El artículo 9 del texto dice al respecto que *La aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los Jueces, Tribunales y Autoridades Judiciales correspondientes, quienes adoptarán, de acuerdo con las Leyes procesales en vigor y con carácter de urgencia, las decisiones pertinentes en cumplimiento de esta Ley, cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso y la jurisdicción de que se trate.*

En la práctica ello quiere decir que todos los hechos "amnistiados" requerían de una previa condena que, por mor de la ley 46/77, quedaba, en cada caso, amnistiada, de modo que en relación a todos aquellos hechos que no habían sido objeto de condena judicial alguna (bien por no haber sido investigados o porque en aquel momento no había tipos penales que los condenaran) su extinción, en el primer caso, simplemente, se producía por el simple paso del tiempo, es decir, por la prescripción y, en los otros casos, carecían ya de relevancia para el Derecho Penal, porque el principio de legalidad impide la instrucción y condena por hechos que en el momento de su comisión no tienen encaje en el Código Penal.

La realidad es que los efectos de la Ley se agotaron ya hace tiempo, y se proyectaron sobre distintas conductas realizadas hasta el 15 de diciembre de 1976, el 15 de junio de 1977 o el 6 de octubre de ese mismo año, según es de ver en el artículo 1 de la norma.

Defiende el querellante en su escrito que la dicha Ley 46/1977 es inaplicable a los delitos de lesa humanidad y que ello viene avalado en varios pronunciamientos y documentos internacionales.

Lo cierto es, sin embargo, que, contrariamente a lo que se postula, una parte de la doctrina estima que la Ley de Amnistía no autoriza a extender su aplicación a los crímenes de guerra y de posguerra, básicamente porque los delitos más graves ya estaban prescritos, y al no existir una responsabilidad penal declarada por un Juez o Tribunal no es posible hacer operar la amnistía.

Estas aseveraciones dan respuesta a lo que expone el querellante en los folios 52 siguientes de su escrito en relación a la imposibilidad de aplicar la Amnistía más que después de haberse determinado si los presuntos responsables de los delitos cometidos fueran funcionarios o agentes de la autoridad, lo que, según alega el querellante, significaría la necesidad de una previa investigación judicial: este parecer, en primer lugar, contraría lo que acabamos de ver que determina el artículo 9 de la Ley en cuanto a que solo es "amniable" lo que previamente ha sido condenado y, en segundo lugar, esta alegación contraría, asimismo, los principios de





legalidad, de prohibición de retroactividad de leyes más penosas, y el instituto de la prescripción, que rigen nuestro Ordenamiento Penal.

II.- La STS 101/2012 de 27 de febrero absolvió al Juez Garzón del delito de prevaricación del que se le acusaba en sus investigaciones como instructor de la causa referida a posibles responsabilidades penales de ciertos actores de la dictadura franquista en relación a personas desaparecidas.

En lo que aquí ahora interesa, señalaba la dicha sentencia que *"...no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, muerte, prescripción o amnistía."*

Y respecto de la amnistía, la STS no la da por aplicable porque los hechos que se investigaban acaecieron durante la guerra civil y la dictadura, respecto de los cuales nunca operó la Ley 46/1977 (en concreto, para las desapariciones forzadas atribuibles a los integrantes del régimen franquista); señala la sentencia, por ejemplo, que "el derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal".

Complemento imprescindible para conocer el alcance de esta sentencia es el ATS de 28 de marzo de 2012, que quiere establecer de futuro la imposibilidad de que se haga una interpretación distinta a la contenida en la STS 101/2012 cuando afirma que la localización de cuerpos de posibles víctimas de delito es posible salvo que se derive "...la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible...", refiriéndose, como no puede ser de otro modo, a la muerte del posible culpable, prescripción del delito o amnistía.

Y en cuanto a la declaración de imprescriptibilidad que se contempla en algunos Tratados internacionales sobre este tipo de delitos, considera el TS en la sentencia de continua referencia que no puede aplicarse retroactivamente.

Algunos pronunciamientos del TEDH abundaron en esta interpretación. Así, en su sentencia de 27 de marzo de 2012 se inadmitió la pretensión de los descendientes de una persona desaparecida de que se declarase la vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos por no haber procedido España a la investigación de su desaparición y muerte, fundamentando esa inadmisión en que la muerte se había producido 43 años antes de la entrada en vigor para España del CEDH

Volveremos a esta STS al hablar de la aplicación del derecho internacional como opción que supla la falta de disposiciones penales.

El ATC 80/2021 de 15 de septiembre incide en varias cuestiones que hay que traer a colación.

Por un Juzgado de Instrucción de Oviedo y, posteriormente, por la Audiencia Provincial de Oviedo, se inadmitió a trámite la querrela interpuesta por un presunto delito de lesa humanidad en concurso con





delitos de lesiones o, subsidiariamente, con un delito de tortura, por hechos ocurridos en los años 1964, 1967 y 1974, en tres detenciones derivadas de la condición del querellante de miembro del Partido Comunista y del Sindicato de Comisiones Obreras, señalando como responsable a un funcionario de policía de la Brigada político Social, en unas circunstancias, como puede observarse, prácticamente idénticas a las que aquí nos traen.

En ambos autos de inadmisión se hacía especial hincapié en que el delito del artículo 607 bis C.P. se introduce en nuestro Código en el año 2003, por lo que, al no haber la aplicación retroactiva del mismo, no era factible su interina atribución al querellado; además, se señala, en relación a las lesiones o a las torturas, que están prescritas al haber transcurrido, en aquel caso, 44 años desde el año 1974.

Frente a este pronunciamiento se interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional con fundamento en tres razones: que el Estado tiene la obligación de investigar, por mor del artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, vigente en España desde el año 2002; que los crímenes de guerra y de lesa humanidad son imprescriptibles conforme a diversos tratados y convenciones, y que la Ley de Amnistía no devenía aplicable a la vista de sus críticas en el ámbito internacional, en donde al algunos foros se la considera un obstáculo para el enjuiciamiento de grandes violaciones de derechos humanos.

El TC desestima el amparo, aunque no por unanimidad, y en el auto resultan destacables varios extremos, que debemos traer aquí por su trascendencia para el caso que nos ocupa: uno de ellos es que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en Derecho, y no incluye el derecho a obtener una condena y a que se imponga una pena.

Se recuerda, asimismo, el principio de legalidad y se afirma que el derecho consuetudinario internacional es una fuente insuficiente para satisfacer las exigencias del principio de legalidad. Además, se señala que el artículo 607 bis C.P. no existía en el momento de cometerse los hechos objeto de la querrela. En concreto, se afirma en el auto de inadmisión del recurso de amparo que no hay norma internacional que autorice a entender que existiera, cuando se cometieron los hechos, una descripción típica que permita condenar conforme al artículo 25.1 de la Constitución. Así, la imposibilidad de tener ese derecho internacional como fuente de delitos y de penas impide que se acepten algunas de las consecuencias que se reflejan en el derecho internacional, como la inaplicación de la amnistía o la imprescriptibilidad de los delitos.

Y en relación al delito de torturas y a las lesiones, se acepta el razonamiento de los autos impugnados del Juzgado instructor y de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el sentido de que se había producido la prescripción, sin aceptarse, por otro lado, la configuración de la tortura





como crimen imprescriptible conforme a la costumbre internacional: en concreto, se advierte de que la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no contienen previsión de imprescriptibilidad (además, decimos nosotros, de que el dicho Convenio fue firmado en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 y ratificado por España por instrumento publicado en el BOE el 9 de noviembre de 1987, es decir, en ambos casos, fechas muy alejadas de las de los hechos que ahora se denuncian ante nosotros, de los años 1970 y 1071).

En relación al instituto de la prescripción, el auto del TC afirma su naturaleza material y, por tanto, la irretroactividad de la norma desfavorable.

En relación a la obligación de los Estados de perseguir e investigar estos delitos, así como sobre la imprescriptibilidad y la prohibición de la amnistía que se recogen en tratados internacionales, señala el auto del TC que si bien el Estatuto de la Corte Penal internacional de 1998 contiene una declaración de imprescriptibilidad en el artículo 29, esa norma solo opera *pro futuro* y en los delitos de su competencia, sin que impida la amnistía de forma absoluta.

Añade, asimismo, el auto del TC que el TEDH no establece una obligación de persecución que lleve a considerar contrarias al Convenio las resoluciones judiciales objeto del recurso de amparo. Se analizan en el auto resoluciones de distintos Tribunales Internacionales, y, en lo que se refiere al TEDH recuerda el auto distintos pronunciamientos, de los que deduce que el castigo penal no siempre es requerido y no es posible concebirlo como un derecho de la víctima: lo que existe es un deber general de evitar la impunidad, señalando que "se trata de una obligación abstracta de medios, no concreta de resultados".

En realidad, el tan repetido auto TC 80/21 no maneja el argumento de la Ley de Amnistía como impedimento de la persecución de los hechos allí denunciados; todos sus razonamientos pueden resumirse en tres: imposibilidad de tener por fuente del Derecho Penal a la costumbre internacional, imposibilidad de dar efectos retroactivos al artículo 607 bis C.P. y afirmación de la prescripción.

La ley de Amnistía no se maneja por el TC en este auto que examinamos, porque, como ya hemos analizado más arriba, presupuesto ineludible de su aplicación es la previa declaración de responsabilidad penal de una persona concreta y por un delito concreto (de los contemplados como "amnistiables" por la ley 46/77).

En lo que se refiere a los apartados e) y f), que ya hemos tenido en cuenta, la ley de 1977 extendía la amnistía a estos actos de extralimitación o brutalidad policial, que son los que quedarían cubiertos por la ley 46/77. Pero en los hechos por los que se solicitaba amparo, no se planteó la aplicación de la ley porque la prescripción impidió determinar la responsabilidad penal de un autor concreto.





Así pues, la posibilidad de derogar la Ley de Amnistía o algunos de sus preceptos, que se ha sugerido en algunos foros internacionales, como menciona el querellante en su escrito, no tendría en cuenta otros institutos como la prescripción o la irretroactividad, pilares de nuestro Ordenamiento, que permiten explicar lo inadmisibile de la investigación judicial de hechos cometidos hace más de cuarenta años y fuera, por tanto, de los plazos de prescripción, sin olvidar que no estaban tipificados cuando ocurrieron y que la prohibición de la retroactividad de la ley más penosa impide de todo punto examinar.

III.- Y es que la prescripción y el principio de legalidad van en nuestro caso de la mano.

A la vista de lo razonado hasta el momento, todos los hechos relatados en la querella están prescritos.

En efecto, la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio y lesa humanidad opera en nuestro ordenamiento jurídico, como hemos dicho, desde que fue introducida por reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003; y, en nuestro caso, están superados los plazos de prescripción señalados en los artículos 113 y siguientes del Código Penal de 1973 y 131 y siguientes del Código Penal de 1995.

Por otro lado, no son asumibles los argumentos contenidos en la querella para tratar de salvar este óbice procesal basados en los Tratados Internacionales o en el derecho consuetudinario.

Volvemos (como hemos dicho más arriba que haríamos) sobre la sentencia TS 101/2012, que establece -lo mismo que hacía la sentencia 798/2007 de 1 de octubre, conocida como "caso Scilingo", mencionada en la querella- establece esta sentencia, decimos, la vigencia del principio de legalidad y, por tanto, de la exigencia de "lex previa, lex certa, lex scripta y lex stricta". Y recuerda que para la aplicación del Derecho Internacional Penal *"es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales"*.

En este sentido, la Constitución española prevé, en los arts. 93 y siguientes, la forma de incorporación al derecho interno de los Tratados Internacionales para desplegar sus efectos conforme al art. 10.2 de la Carta Magna. Concluye la Sentencia del TS que *"el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles"*; ello sin perjuicio de su consideración como criterio de interpretación y como elemento contextual en orden a la perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena impuesta





sobre la declaración de concurrencia de tipos penales del Código penal vigentes al tiempo de la comisión de los hechos.

Pero no cabe realizar una interpretación del "contexto" de modo que se extraiga de ello la perseguibilidad de los hechos sobre la base del Derecho penal Internacional consuetudinario. Como se explicitó en la STS 798/2007 (y se reprodujo en la STS de 12 de febrero de 2012) la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución y con los efectos dispuestos en la misma. No es posible -por más que sea sostenida por algún sector doctrinal- que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación.

El ATC 80/21 dice expresamente que *Ni el análisis de los procesos de Núremberg y Tokio, ni el examen del art. 1 b) de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968, del art. 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 1993, del Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994 (art. 3), o del art. 7 del Estatuto de Roma de 1998 **permiten entender que existiera, al tiempo de los hechos denunciados, una prohibición que alcance un grado de certeza suficiente en sus elementos para integrar una descripción típica apta para sustentar una condena penal conforme al art. 25.1 CE.** Déficit que se une a la ausencia de una previsión con mínima certeza sobre las consecuencias penales de infringir tal prohibición".* (el subrayado es nuestro).

Los razonamientos son contundentes y plenamente aplicables al caso que nos ocupa

IV.- Llegados a este punto, es el momento de valorar si los hechos descritos en la querella, en su caso, merecerían la calificación de crímenes de lesa humanidad o de torturas y cuál sería la consecuencia de ello en relación a su alegada imprescriptibilidad.

Para ello podemos acudir al reciente ATS 57/2024 de 17 de junio, ponencia de Conde-Pumpido, que abunda en la inadmisión del recurso de amparo presentado por un querellante que vio desestimada su pretensión de admisión de querella por crímenes de lesa humanidad y por delitos de tortura contra distintas personas identificadas con su nombre y apellidos, que formaban parte de la Brigada Político Social de Valencia; el querellante habría sido detenido y golpeado en los calabozos de la Comisaría, además de haber sido testigo de golpes y torturas a otros





compañeros, explicando que a él no llegaron a torturarlo físicamente con tanta intensidad como al resto de detenidos.

Fue sometido a un consejo de guerra y condenado a cuatro años de prisión. También fue juzgado por el Tribunal de Orden Público y condenado a una pena de seis meses de prisión.

Todas estas penas privativas de libertad fueron cumplidas por el querellante, que, además, fue despedido de la empresa en la que prestaba sus servicios antes de su detención. Como puede comprobarse, unos hechos muy semejantes a los que hoy motivan este auto.

Pues bien, el Juzgado de Instrucción al que se turnó la querrela la inadmitió, y ello fue confirmado por la Audiencia Provincial de Valencia, esgrimiendo como argumentos, entre otros, y en lo que aquí ahora importa que, en relación con el delito de lesa humanidad, *"...la descripción de los hechos no se ajustaba a la existencia de un plan sistemático y generalizado contra una parte determinada de la población civil, elemento típico necesario del delito de lesa humanidad del art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998"*.

Efectivamente, el mencionado precepto, previo a hacer detallada relación de los delitos incluidos en el concepto de lesa humanidad, advierte de que *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"*.

Y son otros, además, los tratados y convenciones internacionales que contemplan el crimen de lesa humanidad, como la Convención I y IV de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y 1907; la definición de los crímenes contra la humanidad del art. 6 c) del Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 8 de agosto de 1945 y del art. 5 c) de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio de 26 de abril de 1946; la Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado de 20 de diciembre de 1945; la resolución núm. 3 de 13 de febrero de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que confirmó los principios de Núremberg, o la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968. En materia de prohibición de la tortura, destaca: el art. 5 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, el art. 3 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) de 4 de noviembre de 1950, el art. 7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) de 19 de diciembre de 1966 o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984.

Hemos de señalar al respecto que, por descontado, solo serían analizables como fuente de Derecho Penal todos los tratados y convenciones que, al





momento de comisión de los hechos denunciados, hubieran sido ratificados por nuestro país y, por tanto, ya fueran parte, en ese momento, de nuestro Ordenamiento Jurídico (aunque en la fecha de los hechos no existía la Constitución con su referencia expresa a que la ratificación de los tratados internacionales se convertía en Derecho interno).

Al respecto diremos que con anterioridad a los años 1970 y 1971 España había ratificado la Convención para prevención y sanción del delito de genocidio (Resolución 260 de la Asamblea General de la ONU, ratificada por nuestro país el 13 de septiembre de 1968: pero los delitos que se denuncian no son delitos de genocidio. También nos vinculaban los Convenios de Ginebra de 1949 ratificados el 27 de julio de 1952 de protección de víctimas de conflictos armados, que tampoco son los hechos que aquí nos traen. Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (Resolución 22000 de la Asamblea General de la ONU) fue ratificado por España por BOE de 30 de abril de 1977: contenía referencias a la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, pero, en definitiva, no estaba en vigor cuando los hechos denunciados.

Pero lo cierto es que el auto del TC que ahora estudiamos mantiene, al igual que los pronunciamientos anteriores, que *“...como dijimos en el ATC 80/2021 (...) el Derecho internacional penal, en especial el consuetudinario, como fuente de tipos penales de carácter imprescriptible y no amnistiable resulta incompatible con el principio de legalidad penal porque tal Derecho no satisface las garantías de lex scripta, praevia y certa. Estas garantías **«impiden que se apliquen en nuestro espacio constitucional figuras delictivas definidas en ámbitos parcialmente ajenos a nuestro ordenamiento de forma abierta, cambiante, no homogénea ni consolidada en una redacción precisa y que, además, no establecen de forma específica la penalidad que corresponde a la conducta sancionada»** [ATC 80/2021, FFJJ 3 b) y 4]”* (el subrayado es nuestro).

Añade esta misma resolución, volviendo a insistir en el ATC 80/21, que, por tanto, el Derecho internacional penal -y también el derecho consuetudinario internacional- no resulta compatible con el principio de legalidad penal, porque no satisface las garantías de lex scripta, praevia y certa.

Así pues, resulta, a la vista de todo lo anterior, y según dispone el TC, que los hechos objeto de la querrela no pueden calificarse como crímenes de lesa humanidad, porque tal tipo penal no existía en nuestro Derecho al tiempo de su comisión; el delito del actual artículo 607 bis C.P. (que tipifica, entre otras conductas, la tortura de personas custodiadas) fue introducido en nuestro Código por L.O. 15/2003, y el inciso 4 del artículo 131 C.P. lo califica de imprescriptible, también por la LO. 15/2003.





Es el principio de legalidad el que impide, por lo expuesto, la consideración de los hechos denunciados como crímenes de lesa humanidad.

Podemos preguntarnos, entonces, si los hechos denunciados pudieran encajarse en el artículo 174 C.P., cuya redacción original es del C.P. de 23 de noviembre de 1995.

Pero, en este caso, nos topamos con la prohibición de la retroactividad de ley más penosa: han transcurrido más de cincuenta años desde la denunciada comisión de los hechos que motivan la querrela, siendo cierto que el Código Penal de 1973 incluía referencias al delito de torturas en su artículo 204 bis, introducido mediante L.O. 3/1980, y precursor del actual artículo 174 del C.P. de 1995.

Pero aun así, el artículo en cuestión no estaba en vigor cuando los hechos, y no podemos retrotraer el Derecho a un momento en el que el tipo penal no existía, sin olvidar que el artículo 131.3 no establece la imprescriptibilidad del delito de torturas, además de que, como se recoge expresamente en el ATC 57/2024, parafraseando, de nuevo, el ATC 80/21, *«no cabe imponer a los tribunales nacionales una investigación y castigo penal frente a conductas sobre las que han operado causas legales extintivas de la responsabilidad penal y, menos aún, una rebaja de las garantías del derecho a la legalidad penal»* (ATC 80/2021, FJ 6).

V.- Todo lo anterior no desvirtúa la obligación que los tratados internacionales y las convenciones imponen a los Estados que los han ratificado a investigar hechos de semejante calado.

Ciertamente, la obligación de los Estados de perseguir las violaciones constitutivas de delitos contra la humanidad aparece impuesta, de manera clara y precisa, con la promulgación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1.998, ratificado por España, el 19 de octubre de 2000 y publicado en el BOE el 27 de mayo de 2002, con una previsión clara sobre su ámbito temporal de actuación a los delitos cometidos "después de la entrada en vigor del presente Estatuto" (art.11). Con anterioridad, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1.966 y ratificado por España en 1.977, los Estados se comprometieron a disponer recursos efectivos para la persecución de las vulneraciones a los derechos reconocidos (art. 2.3 del Pacto y en el mismo sentido el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Y resulta, como ya apuntábamos más arriba, que las exigencias del principio de legalidad a las que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto y el Convenio, y así lo ha interpretado el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones (véanse, las resoluciones 275/1988 y 343, 344 y 345 de 1988





en las que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recuerda que el Pacto "no puede aplicarse retroactivamente").

Incluso tomando como base el sector doctrinal que considera que la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional de *ius cogens*, y, por lo tanto, vinculante para España a raíz de la ratificación del Pacto, resulta que ese Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es de 1966 y fue ratificado por España en 1.977, esto es, en fecha posterior a los hechos objeto de querrela.

En todo caso, la STS 101/2012 ya advertía de que no cabe en nuestro proceso penal sustanciar una investigación general, aunque la búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos, y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero, dice la resolución, no corresponde al juez de instrucción, cuya función aparece definida en la ley procesal con un objeto de indagación que se va concretando en el devenir procesal y ve limitado su ejercicio por las normas que rigen el proceso penal y el derecho penal sustantivo. Los métodos de indagación del juez de instrucción no tienen nada que ver con el proceso investigador del historiador. No procede mezclar la verdad histórica con la forense, pues la histórica es general e interpretable, no está sometida a la perentoriedad de términos y plazos y, con frecuencia, precisa de cierta distancia temporal para objetivar su análisis. La judicial, por el contrario, se constriñe a un hecho, impone unas consecuencias con carácter coercitivo, está sometida a requerimientos temporales y formales y es declarada con observancia de las garantías propias y se refiere a la depuración penal de una responsabilidad exigida desde una acusación.

La configuración del proceso penal en nuestro sistema se realiza sobre la base de un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que revista características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código Penal dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. Ese objeto del proceso penal se inicia con una actividad instructora, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, dirigida a la preparación del juicio oral, mediante la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del investigado con pleno ejercicio de su





derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza. Y, además, la actividad instructora está presidida indefectiblemente por los principios de legalidad, irretroactividad de ley más penosa y prescripción, que ya hemos visto que impiden, por todo lo razonado, la consideración de que los delitos que se dicen cometidos puedan ser investigados judicialmente.

VI.- Queda por hacer un breve apunte en relación a la Ley de Memoria Democrática que se menciona por el querellante en su escrito y también en su recurso, y que ha servido de fundamento a la Fiscalía para variar sus iniciales pedimentos de inadmisión de la querrela, que han pasado a petitionar la investigación judicial de los hechos denunciados por el Sr. Vallejo Calderón.

La aprobación de la Ley 20/22 ha traído de vuelta el debate sobre la ley de Amnistía, a la que se refiere en su Preámbulo, citándola como uno de los hitos de la Transición, y en su articulado.

El artículo 2.3 dice *Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables.*

Si partimos, como hemos dicho más arriba, de que la Ley de Amnistía dejó de aplicarse hace ya muchos años, lo cierto es que llama la atención que la Ley 20/22 indique la forma en que debe interpretarse una ley que ya no tiene recorrido, porque, como también hemos dicho, a la vista de la jurisprudencia y de la interpretación de la ley 46/77, no consideramos que sea la ley de Amnistía la que impide el enjuiciamiento de acciones genocidas o de lesa humanidad, porque son otros principios de constante referencia (legalidad, prescripción, irretroactividad) los verdaderos obstáculos al enjuiciamiento de los delitos aquí denunciados.

Dentro de las materias que se abordan por la LMD, destacan, en lo que ahora nos interesa, el derecho a la investigación y la calificación que se hace de las resoluciones judiciales y administrativas que operaron durante la dictadura.

El artículo 5 declara la nulidad de estas condenas dictadas por motivos, entre otros, políticos e ideológicos; entre ellos se hace especial referencia al Tribunal de Orden Público.

En cuanto al derecho a la investigación, se establece un mecanismo que pudiera ayudar a la reconstrucción de la memoria: el Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática, al que el artículo 28 atribuye *la investigación de los hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional*





Humanitario, incluyendo los que tuvieron lugar con ocasión del golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura. A este Fiscal de Sala se le atribuirán asimismo funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización. Además, el artículo 29 señala el Estado garantizará la tutela judicial en los procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados relacionados con las víctimas..

Pero, en función de todo lo razonado hasta ahora, no estimamos que estas previsiones garanticen la persecución *penal* de los hechos, porque no cabe quebrar los principios de legalidad, prescripción e irretroactividad. Lo que está claro que sí se posibilita es que exista un procedimiento judicial de establecimiento de la verdad con el impulso de ese Fiscal especializado, pero mientras nuestros Tribunales y nuestros principios de Derecho Penal permanezcan en la postura que hemos ido desgranando en este auto, estimamos que no podrán promoverse procedimientos contra autores de las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el franquismo.

Entendemos que la Fiscalía de Derechos Humanos y Memoria Democrática deberá centrarse en investigar esas violaciones para colmar el derecho a la verdad reconocido en tantos tratados internacionales, pero, con nuestros principios actuales y la interpretación que de ellos hacen nuestros Altos Tribunales, esa actividad no podrá convertir esos hechos en condenas penales.

Es por ello que no compartimos los postulados que defiende en su recurso la Ilma. Fiscal Jefe Provincial de Barcelona en cuanto a considerar que la inadmisión de la querrela supone contravenir el espíritu de la LMD y la obligación que se deriva de su artículo 29.

Apoyo de esa alegación de la Ilma. Sra. Fiscal es el Voto Particular que la Magistrada M^a Luisa Balaguer Callejón hizo al voto mayoritario de inadmisión del recurso de amparo en el tan repetido ATC 80/21. Dijo allí que *La verdad, la justicia y la reparación no pasan necesariamente por la obtención de una condena penal, que nada de lo sacrificado –salvo la dignidad y el reconocimiento– puede devolver a las víctimas. Pero que los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, atiendan al menos a la petición de reflexionar y escuchar a las víctimas, dándoles una respuesta completa, profunda y adecuada, también es una forma de reparación y de hacer justicia, independientemente del resultado final, estimatorio o desestimatorio, de las pretensiones deducidas. Y solo de eso se estaba hablando en esta fase de tramitación del recurso de amparo, de admitir a trámite la demanda para escuchar, construyendo de ese modo, al mismo tiempo nuestra memoria colectiva, la de todos.”* (el subrayado es nuestro)





Acogemos plenamente la necesidad de una actividad reparadora de las víctimas, que el propio Voto Particular reconoce que no pasa obligatoriamente por el dictado de una condena penal, siendo que, en realidad, su defensa de la imprescindible reparación y justicia ha tomado forma con la promulgación de la LMD -en los extremos que hemos analizado y en otros muchos, como la recuperación de los cuerpos desaparecidos- ley que hay que recordar que no estaba promulgada cuando el dictado del auto 80/21, convirtiéndose el voto particular de la Magistrada, de alguna manera, en un anticipo de lo que la LMD ha traído a nuestro Ordenamiento Jurídico.

En definitiva, desestimamos los recursos de apelación interpuestos contra el auto dictado por el Juzgado de instrucción, que queda confirmado en esta alzada.

Por cuanto antecede, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala acuerda:

PARTE DISPOSITIVA

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación de JOSÉ CARLOS VALLEJO, el MINISTERIO FISCAL y la GENERALITAT DE CATALUNYA contra el auto de 5 de octubre de 2023 de inadmisión a trámite de querrela, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 18 de Barcelona en sus autos de D.P.1500/2023, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la dicha resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese a las partes la presente resolución, y remítase testimonio de la misma al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación al presente rollo, lo acordamos, mandamos y firmamos.





DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.

