



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

N/Ref.: S.T. 412/2016-A.

ILMO. SR.:

La Fiscalía General del Estado ha tenido conocimiento que el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 1 de la República Argentina ha librado múltiples comisiones rogatorias a plurales órganos jurisdiccionales españoles en el marco de una causa en la que se investigan delitos cometidos durante la Guerra Civil española, abarcando el periodo de postguerra y extendiéndose hasta el año 1977.

Sin perjuicio de las singularidades que pudieran concurrir en cada una de ellas (y que deberán en todo caso ser consultadas a la Fiscalía General del Estado), a fin de unificar criterios, en aplicación de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que, por disposición del artículo 124 de la Constitución española, rigen el funcionamiento del Ministerio Fiscal, y de conformidad con su desarrollo en los artículos 22 y 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981 de 20 de diciembre, reformada por Ley 24/2007 de 9 de octubre) que establecen que el Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos, intereso de V.I. que informe en contra de la cumplimentación de tales comisiones rogatorias, mediante la emisión del correspondiente dictamen o en su caso interponiendo el recurso en cada caso procedente, en base a las siguientes consideraciones:

1º Los hechos que desde Argentina se trata de investigar son hechos cometidos por ciudadanos españoles en España contra ciudadanos españoles, por lo que serían competencia de la jurisdicción española y no de la argentina.

2º El objeto de tal proceso, indeterminado, y la extensión temporal que trata de abarcar, el período comprendido entre 1936 y 1977, apuntan a una especie



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de causa general radicalmente incompatible con el propio concepto de proceso penal y con sus principios inspiradores.

3º Los hechos estarían claramente prescritos. Es sólo en fecha mucho más avanzada cuando se establece la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio y lesa humanidad. La imprescriptibilidad de estos hechos sólo opera en nuestro ordenamiento jurídico interno desde el 1 de octubre de 2004, en virtud de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003.

Se superaría con creces los plazos de prescripción señalados tanto en los arts. 113 y siguientes del CP 1973 como en los arts. 131 y siguientes del CP 1995.

Como ha declarado el TS “las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 Constitución española) prohíben sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 del Código penal).

La declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente” (STS nº 101/2012, de 27 de febrero).

Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva salvo que su contenido fuera más favorable (SSTS nº 1064/2010, de 30 de noviembre, 1026/2009, de 16 de octubre, 719/2009, de 30 de junio).

Aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución (STS nº 101/2012, de 27 de febrero).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

4º Como declara el TS en relación con hechos acaecidos durante la guerra civil “la lógica del tiempo le hubiera llevado a la conclusión que cualquier persona ejerciendo funciones de mando y responsabilidad tendría en la época de los hechos una edad que en el 2008 sería más que centenaria” (STS nº 101/2012, de 27 de febrero).

5º A los hechos investigados en Argentina les sería de aplicación la Ley de Amnistía.

Sobre la vigencia de la Ley de Amnistía debe recordarse lo declarado en la STS nº 101/2012, de 27 de febrero: “la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. Esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/1977, de 15 de octubre, *de Amnistía*.

La citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha. Fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada "transición" española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la "transición" fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes.

La idea fundamental de la "transición", tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía. Conseguir una "transición" pacífica no era tarea fácil y qué duda cabe que la Ley de Amnistía también supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento.

Precisamente, porque la "transición" fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento”.

Como declara también la sentencia reseñada la ley de amnistía fue “aprobada por el primer Parlamento democrático, acabada la dictadura, lo fue por una amplísima mayoría, más del 90 por ciento de los Diputados. Desde la ley de amnistía y con apoyo en ella, el ordenamiento español se ha dotado de más de 20 disposiciones con rango de ley, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales, a través de los que se han acometido importantes reparaciones económicas y, de otro orden, a las víctimas de la guerra civil del bando republicano (restitución de escalafones, reconocimientos económicos, restitución de bienes, concesión de nacionalidad a descendientes de exiliados etc.), tendentes a reparar materialmente los efectos de la guerra civil y del franquismo”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Debe recordarse que la Ley de Amnistía se aplicó por ejemplo, por el Juzgado Central de instrucción núm. 5 en el auto de 16 de diciembre de 1998, en diligencias indeterminadas 70/1998, rechazándose la admisión a trámite de una querrela interpuesta por la Asociación de familiares y amigos de víctimas del genocidio de Paracuellos del Jarama.

6º En relación con la investigación de un plan sistemático para la sustracción de menores y su posterior entrega, con pérdida de su identidad, a personas diferentes de sus padres biológicos, a la que también se refiere el procedimiento seguido en Argentina y en la medida en que parcialmente afecta al periodo anteriormente indicado, es de interés señalar que el pasado día 27 de enero de 2011 se recibió en la sede de esta Fiscalía General del Estado denuncia del presidente de la Asociación ANADIR (Asociación Nacional de Afectados por las Adopciones Irregulares), relativa a la existencia de una supuesta red de sustracción y compraventa de recién nacidos que presuntamente habría actuado durante un largo periodo de tiempo en diversas ciudades del territorio nacional, el cual, como queda dicho, incluye el lapso temporal a que se refiere la Comisión Rogatoria.

La Fiscalía General del Estado ha establecido un procedimiento de investigación para cada uno de los hechos denunciados de forma individualizada, habiéndose incoado múltiples diligencias de investigación en una pluralidad de Fiscalías, en relación con los hechos sucedidos en sus respectivos territorios.

La Fiscalía General del Estado dictó la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos*, documento que promovió una interpretación del Código Penal orientada a posibilitar la investigación de todos los hechos denunciados sin cortapisas derivadas de la prescripción. En aplicación de tal documento se han abierto múltiples procedimientos tanto en Fiscalía como en Juzgados, que han finalizado con la resolución que en cada caso se ha estimado oportuna, atendiendo a los elementos de prueba acopiados y en aplicación imparcial e independiente de la Ley.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El Ministerio Fiscal ha investigado un total de 2083 denuncias incoando otras tantas diligencias en las que desde la total imparcialidad se han tratado de esclarecer los hechos denunciados.

Puede decirse que la Fiscalía y los Juzgados de Instrucción españoles están agotando todas las posibles vías de investigación en relación con las denuncias sobre sustracción de recién nacidos, por lo que la apertura de una causa por estos hechos en Argentina carece del más mínimo apoyo, fundamento o justificación.

7º Existen en este momento en España otros procedimientos y actuaciones en orden al esclarecimiento de los hechos, al restablecimiento de la memoria histórica, de modo veraz conforme a los principios democráticos que incorpora la vigente Constitución española, y a la consiguiente recuperación de la dignidad de las víctimas, conforme a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (también denominada "*Ley de la Memoria Histórica*").

Citando a nuestro Tribunal Supremo "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 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. Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo.

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”.

8º Las referidas Comisiones Rogatorias se tramitan al amparo de lo dispuesto en los artículos 28 y siguientes del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Argentina, firmado el 3 de marzo de 1987 y ratificado por España el 26 de febrero de 1990 (Boletín Oficial del Estado nº 170, de 17 de julio de 1990), y del Canje de Notas de 12 y 20 de febrero de 1991, sobre desarrollo del citado Tratado (BOE nº 122, de 22 de mayo de 1991).

Aun en el altamente improbable caso de que se individualizara un responsable vivo y con capacidad de obrar procesal, las autoridades españolas no podrían conceder la extradición, por tratarse de hechos competencia de los tribunales españoles, prescritos y amnistiados.

Si bien el art. 28.2 del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial reseñado permite que se preste asistencia aunque el hecho no sea punible según las leyes de la parte requerida es necesario que se haga en interés de la Justicia. Dificilmente puede mantenerse que existe un interés de la Justicia dadas las circunstancias concurrentes en la causa. Es absolutamente inviable que la Justicia argentina pueda llegar a enjuiciar los hechos de referencia.

Como también ha tenido ocasión de declarar nuestro TS “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 imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza (art. 118 y ss de la ley procesal penal) (...) el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho. Las exigencias de contradicción efectiva, de publicidad, de igualdad de partes, de oralidad, la disciplina de garantía de la prueba, el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, etc., como notas características del sistema penal de enjuiciamiento, se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica de un hecho tan poliédrico como el de la guerra civil y la subsiguiente posguerra”.

El procedimiento penal seguido en Argentina es un proceso inviable y, ajeno, por tanto al interés de la Justicia.

Por ello, y en este contexto, cumplimentar una comisión rogatoria como las impulsadas por el Juzgado argentino supondría quebrantar gravemente la legalidad española, concretamente en lo que hace a la regulación de la prescripción de los delitos, la Ley de Amnistía de 1977 y al principio de legalidad, incompatible con la estructura del procedimiento penal y las garantías que lo legitiman, por lo que la Fiscalía, como garante de la legalidad, debe oponerse a la cumplimentación de tales comisiones rogatorias.

Debe por último recordarse que un proceso seguido en España similar al que se sigue en Argentina motivó una causa penal contra el Magistrado Instructor que, si bien tras el juicio oral fue absuelto por el Tribunal Supremo, lo fue porque pese a haberse “incurrido en exceso en la aplicación e interpretación de las normas” (...) “no alcanzan la injusticia de la resolución que requiere el tipo de prevaricación y no merece el reproche de arbitrariedad exigido en la tipicidad del delito de prevaricación objeto de la acusación”.

Tal declaración de nuestro Tribunal Supremo es radicalmente incompatible con coadyuvar, cumplimentando las comisiones rogatorias libradas por un Juzgado argentino, a una investigación que incurre en los mismos defectos.

9º Examinadas algunas de las comisiones rogatorias remitidas se advierte que el auxilio judicial requerido no guarda relación con el texto de la Comisión Rogatoria Internacional, incumpliendo palmariamente el art. 40 del Tratado de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Extradición y Asistencia Judicial en materia penal celebrado entre la República Argentina y el Reino de España, precepto que regula la forma y el contenido que deberá adoptar el citado instrumento de auxilio internacional, incurriéndose en incongruencia entre los hechos que se relatan y las diligencias cuya práctica se solicita, vicio que de concurrir en cada caso concreto, da lugar a una causa de automática denegación.

Aprovechando la ocasión para transmitirle un cordial saludo y el testimonio de mi más alta consideración,

Madrid, 30 de septiembre de 2016

LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO



Consuelo Madrigal Martínez-Pereda