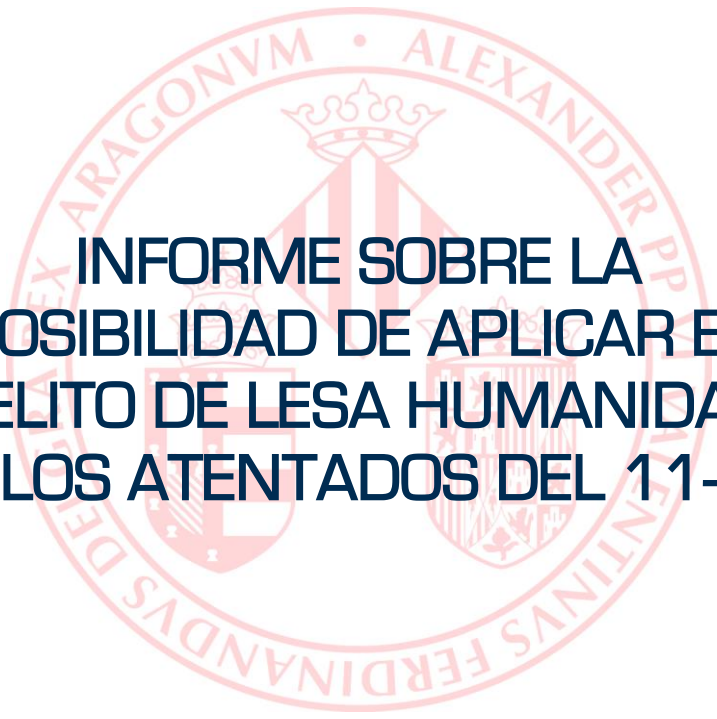




INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE APLICAR EL DELITO DE LESA HUMANIDAD A LOS ATENTADOS DEL 11-M

SUMARIO

1. Presentación y objeto del estudio
2. Contextualización de la investigación: la protección de las víctimas en el marco de la aplicación del Derecho Penal
3. ¿Es posible calificar un atentado terrorista como delito de lesa humanidad?
 - 3.1. Derecho Penal Internacional: ¿Pueden los actos de terrorismo islamista constituir crímenes de lesa humanidad?
 - 3.2. Derecho Penal español
 - 3.3. Resoluciones españolas que consideran aplicable en España el delito de lesa humanidad
 - A) Por hechos anteriores a la entrada en vigor del art. 607.bis
 - B) Solo por hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del art. 607.bis
4. La prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables como fundamento para la imposibilidad de aplicación del delito de lesa humanidad durante el período de *vacatio legis*, o de la ampliación retroactiva de su periodo de prescripción
 - 4.1. La imposibilidad de aplicar cualquier norma durante su período de *vacatio legis* y la consiguiente imposibilidad de aplicación del delito de lesa humanidad a los atentados del 11-M
 - 4.2. La ampliación del período de prescripción de un delito ya cometido vulnera la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables
5. Conclusiones
6. Excurso: otras posibles vías de persecución de los atentados del 11-M o de reparación o satisfacción a las víctimas del 11-M
 - 6.1. La vía de la Corte Penal Internacional
 - 6.2. La jurisdicción de otros Estados extranjeros
 - 6.3. Responsabilidad del Estado por no llevar a cabo una investigación profunda, imparcial y efectiva

Bibliografía citada

Referencias

1. PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL ESTUDIO:

El informe, realizado en el marco del Proyecto I+D «Derecho Penal de la peligrosidad: tutela y garantía de los derechos fundamentales», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Proyecto DER2017/86336-R financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa), se emite a petición y en el marco de la colaboración con la “Asociación de Ayuda a las Víctimas del 11-M”, y aborda el aspecto jurídico relacionado con la prescripción de los atentados cometidos en Madrid el 11 de marzo de 2004.

Concretamente, se solicita por parte de la asociación un estudio jurídico sobre la viabilidad de que se pueda determinar que el 11 de marzo de 2004 se cometió un delito de lesa humanidad, vinculando dicha calificación a la posibilidad de que los delitos cometidos no prescriban.

El estudio se enmarca en el más amplio programa-proyecto concedido a la Asociación por el Ministerio del Interior (Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo) bajo la denominación “EL 11-M COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD”, que pretende abordar de manera más amplia y desde diversos ámbitos de actuación (victimológico, sociológico y jurídico), el impacto que la posible prescripción de los delitos –el próximo 11 de marzo de 2024–, sin determinación del/ de los autor/res intelectuales juzgados ni reconocidos, tendrá en la víctimas de los atentados de 2004. Ha sido coordinado por Lucía Martínez Garay y Clara Viana Ballester, y se ha elaborado por Cristina Fernández-Pacheco Estrada, Eliseu Frígols i Brines y Clara Viana Ballester.

Las conclusiones de esta versión escrita fueron presentadas en un acto celebrado en Madrid, a petición de la Asociación, el 2 de diciembre de 2021 en la Biblioteca Histórica Marqués de Valdecilla de Madrid. Este texto es la versión extendida y anotada del Informe Preliminar que se difundió para dicho acto.

Para elaborar el informe se han analizado el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, las normas de Derecho Penal español que son aplicables (arts. 2, 131 y 607.bis.1 del Código Penal), además de la jurisprudencia emitida por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo. Se ha revisado, asimismo, literatura científica y bibliografía nacional, internacional y europea (están citadas al final del informe las utilizadas directamente en el texto de este escrito).

LUCIA|
MARTINEZ|
GARAY

Firmado digitalmente
por LUCIA|MARTINEZ|
GARAY
Fecha: 2022.03.28
12:04:47 +02'00'

2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

El informe parte de la constatación de la tendencia existente en la actualidad, particularmente en el ámbito jurídico penal internacional, de entender la sanción penal como forma de dar satisfacción a la víctima y la inclusión de este objetivo entre los fines de la pena.

De esta tendencia se extraen diversas ideas clave que pueden tener relevancia para entender el contexto en el que se solicita el presente informe. Particularmente relevantes son las concepciones que ponen de relieve la existencia del “derecho de la víctima a la satisfacción”, a obtener el castigo del victimario, que determinaría una correlativa obligación de castigar para el Estado y, por tanto, la evolución del Derecho Penal como *ius puniendi* hacia su concepción como *officium puniendi*, o el “derecho a conocer la verdad” acerca de las violaciones manifiestas de los derechos humanos, que comporta la correlativa obligación para el Estado de protegerlos y garantizarlos, realizar investigaciones eficaces, velar por la existencia de recursos efectivos y por la obtención de reparación; esto es, el establecimiento de obligaciones estatales de investigar, perseguir y sancionar. En definitiva, una doctrina basada en el “principio de prohibición de impunidad”, contemplado en el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en vigor desde el 1 de julio de 2002), que ha favorecido una jurisprudencia de tribunales internacionales de Derechos Humanos, particularmente de la Corte Interamericana, que ha permitido aplicación retroactiva fáctica de las normas que reconocen violaciones del convenio y obligaciones de eliminar límites al poder de castigar relacionados con la prescripción de los delitos, la cosa juzgada, el indulto o la amnistía (GIL GIL, 2016: 4, y 12 ss.; sobre los derechos de las víctimas y la evolución de las concepciones clásicas del Derecho Penal sobre la función del Derecho Penal, *vid.*, asimismo, entre otros: SILVA SÁNCHEZ, 2009; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2016 y 2016b; VIGANÒ, 2014).

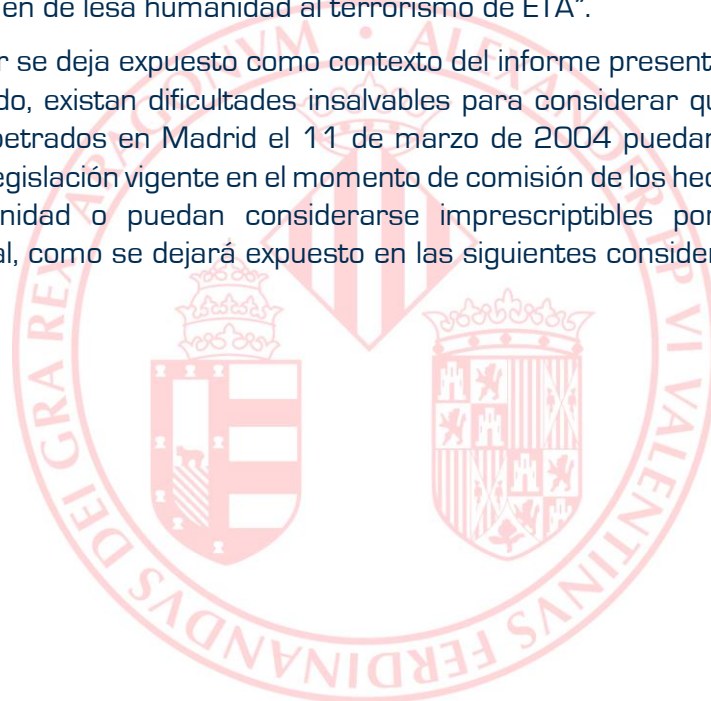
En este nuevo marco o paradigma internacional, que antepone las necesidades de protección de la víctima del delito, se han acometido en nuestro Derecho interno reformas legales que persiguen evitar la impunidad, tales como las relativas a la imprescriptibilidad de determinados delitos (por ejemplo, los delitos de terrorismo –en 2010–), la ampliación de los plazos de prescripción de las infracciones (v. gr., recientemente, en los delitos cometidos contra menores –en 2021 –), o las corrientes doctrinales que persiguen la adaptación de estructuras del Derecho Penal de corte más clásico a las nuevas realidades criminales (v. gr. la figura de la “autoría mediata por dominio de organización”, para dar cabida a la persecución de conductas de diseño o planificación de los delitos cometidos en el seno de estructuras organizadas), entre otras.

En relación con los delitos de terrorismo, particularmente, el Informe del Defensor del Pueblo sobre los derechos de las víctimas de ETA, de 2016, estableció varias

recomendaciones dirigidas a la Fiscalía General del Estado (Defensor del Pueblo, 2016a: 73) con la finalidad, precisamente, de evitar la impunidad de los atentados cometidos y no condenados, entre las que se incluyen dos recomendaciones particularmente vinculadas con el objeto de este informe:

- Evitar la prescripción de los delitos cometidos por la banda terrorista que permanezcan sin enjuiciamiento, ejerciendo en su caso las iniciativas pertinentes relacionadas con la extradición de quienes, perteneciendo a la banda armada, y no estando a disposición de la justicia española, tengan causas judiciales pendientes en nuestro país.
- “Valorar la conveniencia de profundizar en la aplicación del concepto jurídico de crimen de lesa humanidad al terrorismo de ETA”.

Todo lo anterior se deja expuesto como contexto del informe presentado, sin perjuicio de que, con todo, existan dificultades insalvables para considerar que los concretos atentados perpetrados en Madrid el 11 de marzo de 2004 puedan ser calificados, conforme a la legislación vigente en el momento de comisión de los hechos, como delito de lesa humanidad o puedan considerarse imprescriptibles por otras vías de calificación legal, como se dejará expuesto en las siguientes consideraciones de este informe.



3. ¿ES POSIBLE CALIFICAR UN ATENTADO TERRORISTA COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD?

Se valora en este epígrafe la posibilidad jurídica de calificación de los actos y atentados terroristas como delitos de lesa humanidad, a partir del análisis del contexto internacional y de la jurisprudencia nacional relacionada con atentados de la banda terrorista ETA.

3.1. DERECHO PENAL INTERNACIONAL: ¿PUEDEN LOS ACTOS DE TERRORISMO ISLAMISTA CONSTITUIR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD?

El terrorismo como tal no se encuentra incluido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya que no existió suficiente consenso durante la redacción del Estatuto en 1998 ni tampoco en la Conferencia de Revisión del Estatuto celebrada en Kampala en 2010. Suele atribuirse esa falta de consenso a los problemas de definición del terrorismo y a la voluntad de no interferir en los esfuerzos nacionales de lucha contra el terrorismo (SCHABAS, 2020: 90; WERLE/ JESSBERGER, 2020: 47).

No obstante, se discute la posibilidad de castigar ciertos actos terroristas como crímenes de lesa humanidad. Así, destacados representantes de la doctrina penal internacional han manifestado que los ataques terroristas en EE.UU. el 11 de septiembre de 2001 podrían ser considerados crímenes de lesa humanidad (WERLE/ JESSBERGER, 2020: 47; CASSESE, 2001: 993; TOMUSCHAT, 2001: 535; ACQUAVIVA, 2009: 535).

El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (que, a su vez, procede aunque con ciertas modificaciones de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda) establece que:

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, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género de nido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho 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.

A la vista de su redacción, suele entenderse que los crímenes de lesa humanidad se componen de varios elementos: el denominado elemento contextual y las modalidades de comisión o *actus reus*.

- Modalidades: el asesinato como crimen de lesa humanidad

En cuanto a las modalidades, parece claro que el asesinato sería aplicable a los ataques terroristas. Según los Elementos de los Crímenes (que es un documento oficial que pretende ofrecer criterios para la interpretación de los delitos y que constituye Derecho aplicable para la Corte) el asesinato debe interpretarse como “que el autor haya dado muerte (o causado la muerte) a una o más personas” (Elementos de los Crímenes, artículo 7.1, a). En ciertos contextos, también podrán constituir actos de tortura, deportación o traslado forzoso, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, persecución, desapariciones forzadas y otros actos inhumanos contemplados en el article 7(1)(k) (ARNOLD, 2004: 999; ZÖLLER, 2009: 672).

- El elemento contextual: el ataque generalizado y sistemático contra la población civil

Más dudas ofrece la concurrencia del elemento contextual en el caso de los atentados terroristas. Este elemento implica que los actos deberán producirse “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

- i. Población civil

La Corte Penal Internacional ha interpretado que no es necesario que toda la población sea objeto del ataque, pero sí que el ataque no fuera dirigido solo contra un grupo limitado o seleccionado aleatoriamente (ICC, *Prosecutor v. Jean-Pier Bemba Gombo*, Decision on Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber II, 2009, para. 77).

ii. Ataque generalizado o sistemático

El propio artículo 7.2 a) del Estatuto de la Corte señala lo que debe entenderse por “ataque contra una población civil”. En concreto, se trata de “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”. Los Elementos de los Crímenes añaden que “[n]o 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” (Elementos de los Crímenes, 7.3).

“Generalizado” hace referencia al número de víctimas y requiere que el ataque sea a gran escala, a través de la comisión de múltiples actos (así se ha establecido en jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, como las sentencias en primera instancia en *Kunarac* o *Tadić Trial Judgement*).

Para ser considerado “sistemático”, el ataque tiene que estar organizado y tiene que seguir un patrón regular y no aleatoriamente cometido (según jurisprudencia internacional). La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional considera que no es necesaria una política en sentido estricto y que es suficiente con que el ataque fuera “planeado, dirigido y organizado” (sentencia *Bemba*, para. 81).

En el caso de los atentados estadounidenses del 11-S podría considerarse que concurren tanto el carácter generalizado del ataque (más de 3.000 víctimas a partir de distintos atentados) pero también sistemáticos (a partir de varios ataques), dado el grado de planificación y coordinación (ZÖLLER, 2009: 673) en aplicación de la política terrorista de Al Qaeda contra Estados Unidos, donde las víctimas fueron población civil (ARNOLD, 2004: 995).

Aunque es interpretable, incluso en los casos donde el atentado terrorista se compone de un único ataque no puede excluirse a priori su carácter generalizado o sistemático (DE LONDRAS, 2011: 172). Mientras exista un nexo suficiente con otros actos similares junto a los que formaría un ataque generalizado o sistemático, podrían aún constituir crímenes de lesa humanidad (ARNOLD, 2004: 1000).

iii. ¿Cometido por un Estado?

Según lo señalado anteriormente, el Estatuto requiere expresamente que el ataque se produzca “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de

cometer ese ataque o para promover esa política” (art. 7.2 ECPI). Por tanto, es posible considerar que la política puede ser implementada no sólo por un Estado, sino también por una organización similar a un Estado o una organización capaz de cometer ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil (Genocide Network, 2020, p.15).

¿Pueden las organizaciones y grupos terroristas considerarse organizaciones a estos efectos? La respuesta a esta pregunta requiere un estudio individualizado de cada caso para determinar, en cada caso concreto, si la organización terrorista en cuestión puede equipararse a unidades o estructuras estatales. A tal efecto, se exige que la organización mantenga un carácter continuado en el tiempo y que su actividad terrorista, planificada en la cúpula de la organización y ejecutada por los miembros de dicha estructura, se despliegue en diversos frentes y contra diversos destinatarios (planificación organizada en el marco de una estructura delictiva organizada y diversificación o ramificación de su actividad).

En general, parece que la respuesta podría ser afirmativa en el caso de organizaciones como Al-Qaeda, Hamas o Hisbollah, pero no en el caso de organizaciones terroristas pequeñas con menor implantación y potencial (ZÖLLER se refiere al carácter “pseudo-estatal” como factor determinante, p. 674). La Corte Penal Internacional ha señalado en una decisión preliminar que para ser considerados “organización” capaz de cometer ataques generalizados o sistemáticos, un grupo debe mostrar cierto grado de “complejidad organizativa” (Corrigendum of the Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC Pre-Trial Chamber II, 2010, para. 93). Esto permitiría concluir que ISIS es una organización en este sentido y por tanto capaz de cometer crímenes de lesa humanidad (Genocide Network, p. 15).

A partir de los elementos anteriores, es posible considerar que los delitos cometidos por ISIS en el territorio de Siria e Irak claramente constituyen crímenes de lesa humanidad, delito aplicable en ocasiones aplicado en concurso con delitos de terrorismo. De hecho, ya existen un buen número casos ante instancias nacionales donde se plantea la calificación de crímenes de lesa humanidad por los hechos cometidos en Siria e Irak por nacionales o residentes de terceros Estados (por ejemplo, en Francia, Genocide Network, 2020, p. 21).

En definitiva, de las anteriores manifestaciones puede desprenderse la posibilidad genérica de que un atentado de terrorismo islamista pudiera ser calificado como delito de lesa humanidad, según los términos del Estatuto de la CPI, como actos asimilados a terrorismo de Estado o de organizaciones pseudo-estatales.

No obstante, como se expondrá en los epígrafes posteriores, que tal calificación pueda realizarse en términos hipotéticos o abstractos según las normas de Derecho Internacional no implica que la misma sea aplicable a los atentados del 11 de marzo de 2004 cometidos en España. En este sentido el principio de taxatividad derivado del principio de legalidad obliga a poner de manifiesto las dificultades que plantea la consideración de esos concretos hechos como un ataque generalizado o sistemático

contra la població civil o una parte de ella. No en balde, las recomendaciones del Defensor del Pueblo dirigidas a la Fiscalía en orden a valorar esta calificación respecto de los crímenes de ETA –citadas en el epígrafe anterior–, fueron rechazadas, precisamente, porque “la consideración del terrorismo como delito de lesa humanidad reviste una enorme complejidad jurídica” (Defensor del Pueblo, 2016b).

Por otra parte, tampoco implica que, de ser posible dicha calificación, nuestro Derecho interno permita su persecución por dicha norma, ni en aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional ni en aplicación del Código Penal español, pues en todo caso, la imprescriptibilidad que acompaña a estos delitos no sería aplicable a los hechos cometidos antes del 1 de octubre de 2004, fecha de entrada en vigor de la norma.

3.2. DERECHO PENAL ESPAÑOL:

El artículo 607bis.1. del Código Penal, incorporado al texto legal por LO 15/2003, de 25 de noviembre, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de octubre de 2004, establece que: “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”.

El requisito correspondiente a la naturaleza estatal o pseudo-estatal de las organizaciones responsables del ataque que aparece en el artículo 7.2 del Estatuto de la Corte no ha sido implementado como tal en el Código Penal. Por tanto, sin dejar de lado la importancia del Estatuto de la Corte (y de los Elementos de los Crímenes y de la jurisprudencia resultante), este obstáculo para la calificación de los ataques terroristas como crimen de lesa humanidad pierde valor.

Sí deben constatarse los demás elementos y, en particular, el carácter generalizado y sistemático del ataque perpetrado contra la población civil, que puede ser especialmente problemático en este contexto.

Además, conviene tener en cuenta que el Código Penal dispone de delitos de terrorismo específicos aplicables a atentados terroristas, lo que desde el punto de vista de calificación penal de los hechos que pudieran, *a priori*, encuadrarse en ambas normas plantea la exigencia de determinar qué relación concursal existirá entre ellas. Y no es esta una cuestión sencilla ni pacífica (sobre la cuestión *vid.* LIÑÁN LAFUENTE, 2018).

De considerar la relación entre estos delitos de terrorismo y los de lesa humanidad como concurso de normas, podría argumentarse como expuso la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección 3ª, nº 16/2005, de 19 de abril (ECLI:ES:AN:2005:2016), recaída en el conocido como “Caso Scilingo”, que en los casos en que concurren en los hechos los “elementos típicos del delito terrorismo (elemento estructural y teleológico de esta clase de delitos)”, pero vayan más allá y

contengan otros elementos “que solo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad”, es esta última calificación la procedente, “considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad”. No obstante, también se ha considerado, en un sentido contrario, que la aparente concurrencia de estas normas debe ser resuelta por el principio de especialidad del art. 8.1 CP, a favor de la aplicación preferente de los delitos de terrorismo, que serían norma especial respecto de los delitos de lesa humanidad.

Pero como hemos dejado expuesto, no es esta una cuestión sobre la que exista unanimidad, existiendo también una línea doctrinal que parece considerar la relación de ambas normas como un concurso de delitos y no de leyes (GIL GIL, 2005: 4 y nota al pie 7^ª).

En todo caso, con independencia de la cuestión concursal, interesa destacar que son diversas las resoluciones jurisprudenciales nacionales que han valorado la aplicabilidad del delito de lesa humanidad a hechos que pueden ser considerados como actos terroristas. Las comentamos brevemente a continuación, teniendo en consideración dos datos relevantes: de un lado, que todas se refieren a la calificación de atentados cometidos por la organización terrorista ETA y, de otro lado, que en ellas se establece un claro punto de separación relativo a la extensión de la aplicabilidad temporal de la calificación por lesa humanidad, según la fecha de entrada en vigor del artículo 607.bis del CP.

Un análisis detallado de estas resoluciones puede ser consultado en LIÑÁN LAFUENTE (2016) y en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (2017).

3.3. RESOLUCIONES ESPAÑOLAS QUE CONSIDERAN APLICABLE EN ESPAÑA EL DELITO DE LESA HUMANIDAD:

A) POR HECHOS ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DEL ART. 607.BIS

Destaca, en este apartado, la sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el “Caso Scilingo” (citada en el apartado anterior), que condenó como delito de lesa humanidad hechos cometidos en el extranjero con anterioridad al 1 de octubre de 2004 (fecha de entrada en vigor del art. 607.bis CP), teniendo en consideración el principio de aplicabilidad directa de las normas de *ius cogens* derivadas del Derecho Penal Internacional (validez obligatoria *erga omnes*).

Esta sentencia, no obstante, fue revocada por el Tribunal Supremo (STS n° 798/2007, de 1 de octubre de 2007, ECLI:ES:TS:9099), que limitó la aplicabilidad del art. 607.bis a las conductas posteriores al 1 de octubre de 2004; esto es, solo a las cometidas tras la entrada en vigor del tipo. Además, se refería a supuestos de

terrorismo estatal, dato que marca una diferencia esencial con los atentados de organizaciones terroristas que no tienen este carácter.

B) SOLO POR LOS HECHOS COMETIDOS CON POSTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DEL ART. 607 BIS:

Se destacan en este apartado las resoluciones recaídas en relación con el procesamiento de la “Cúpula de ETA” por delitos de lesa humanidad, tras la admisión a trámite de la querella presentada, sólo por hechos posteriores al 1 de octubre de 2004, por Autos del Juzgado Central de Instrucción número 3, de 9 y de 21 de julio de 2015 (DP 89/2013; ECLI:ES:2015:139A y ECLI:ES:AN:2015:140A, respectivamente).

La sección 4ª de la Audiencia Nacional confirmó esta resolución por Auto de 24 de septiembre de 2015, desestimando un recurso del querellante que pretendía, entre otras cuestiones, ampliar la calificación a delitos de genocidio e incluir también los hechos anteriores al 1 de octubre de 2004 (ECLI:ES:AN:2015:161A).

El 27 de octubre de 2015, el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional dictó auto de procesamiento por delitos de lesa humanidad contra cinco dirigentes de la banda armada por los hechos cometidos con posterioridad al 1 de octubre de 2004 (ECLI:ES:AN:2015:182A).

Asimismo, debe citarse el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2, de 13 de enero de 2016, que desestima la querella interpuesta por delito de lesa humanidad por el asesinato de Luis Portero García, cometido el 9 de octubre de 2000, por no estar en vigor en la fecha de comisión del atentado el art. 607.bis. La querella fue desestimada *a limine* y también el recurso del querellante contra la desestimación (Auto 155/2016, de la sección 3ª de la Sala Penal de la AN –JCI, nº 2, sumario 22/2000–: analizado por FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, 2017: epígrafe III.1, 57 ss.).

Se analizan en el siguiente epígrafe los motivos y el fundamento por el cual el art. 607.bis CP solo es aplicable a los hechos cometidos tras su entrada en vigor, el 1 de octubre de 2004 y, por tanto, no es aplicable a los atentados cometidos en Madrid el 11 de marzo de 2004.

4. LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES DESFAVORABLES COMO FUNDAMENTO PARA LA IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD DURANTE EL PERÍODO DE *VACATIO LEGIS*, O DE LA AMPLIACIÓN RETROACTIVA DE SU PERÍODO DE PRESCRIPCIÓN

4.1 LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR CUALQUIER NORMA DURANTE SU PERÍODO DE *VACATIO LEGIS* Y LA CONSIGUIENTE IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD A LOS ATENTADOS DEL 11-M

Con independencia de las dudas que suscita la subsunción de los atentados perpetrados el 11-M en el art. 607.bis CP, sobre las que nos hemos pronunciado anteriormente, en este epígrafe se desarrolla el motivo de la irrelevancia de dicha hipótesis, pues conforme al principio de legalidad penal vigente en nuestro país, contenido en el artículo 25.1 de la Constitución española, y desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no resultaba –ni resulta– posible la aplicación del delito de lesa humanidad, por cuanto el mismo no se hallaba en vigor en el momento de comisión de los hechos, sin que el Derecho consuetudinario, ni internacional ni de ningún otro tipo, sea fuente del Derecho Penal español.

En relación con la aseveración referida a la imposibilidad de usar como fuente el Derecho consuetudinario, sea internacional o interno, esta afirmación se hallaría fundamentada no sólo en lo establecido en el artículo 25.1 CE –que habla de “legislación”– sino, de forma más evidente, de la propia dicción del artículo 81.1 CE, y de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, por cuanto cualquier norma que afecte a derechos fundamentales, y así sucede sin duda con toda norma penal que establece penas de prisión, debe ser regulada mediante ley orgánica.

Así, en la STC nº 24/2004, de 24 de febrero, en su FJ nº 2, se señala:

“Planteado el debate en los términos que acaban de exponerse, conviene recordar, en primer lugar, que de la reiterada doctrina de este Tribunal acerca de cuáles son las exigencias que para las normas penales se derivan del principio de legalidad (art. 25.1 CE) y de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) es posible extraer, a los efectos que a la resolución de esta cuestión interesan, los siguientes principios:

a) El derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal, como recordábamos en la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, implica que sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, “esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la

arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley".

También hemos señalado desde nuestras primeras resoluciones –STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7– que del art. 25.1 CE se deriva una "reserva absoluta" de Ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE en relación con el art. 17.1 CE, esa ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, "la remisión a la Ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la C.E. ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)".

Esta reserva absoluta de ley orgánica no sólo es aplicable respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad, sino que, en realidad, es aplicable a todas las penas, porque, entre otros argumentos en ese sentido, el incumplimiento de cualquier pena o medida de seguridad queda sometida a la aplicación de una pena privativa de libertad en aplicación del delito de quebrantamiento de condena (art. 468.1 del Código penal), de forma que se afecta en todo caso al derecho fundamental a la libertad ambulatoria regulado en el artículo 17.1 de la Constitución. En concreto sobre la posibilidad de la aplicación de un delito de lesa humanidad de origen consuetudinario, la STS nº 798/2007, de 1 octubre (que trae causa de la SAN dictada en el "Caso Scilingo", citada *supra*), es bastante expresiva sobre esta cuestión, sobre la que se pronuncia en su FJ nº 4:

"Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones.

En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas conforme al "derecho" nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio.

Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales.

De todos modos, el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI.

Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa.

De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles”.

Por otro lado, en relación con la imposibilidad de aplicación de una norma durante su *vacatio legis*, se debe poner de relieve que, de conformidad con lo establecido en el artículo 25.1 CE, que recoge el principio de legalidad de las normas penales y sancionadoras de carácter administrativo, no es posible la aplicación de leyes penales que no estén vigentes en el momento de infracción penal o administrativa. Ésta es la definición básica de la prohibición constitucional de retroactividad de las normas penales y sancionadoras (FRIGOLS I BRINES, 2004: 252-255)¹⁰. Para entender correctamente el significado de la prohibición constitucional de retroactividad, resulta necesario hacer referencia a algunas nociones básicas de aplicación temporal de las normas penales (sobre esta cuestión *vid.* FRIGOLS I BRINES, 2004: 481 *passim*). En primer lugar, se debe distinguir los conceptos de existencia de las normas penales del concepto de aplicación de las normas penales y, en segundo lugar, se debe distinguir entre norma y formulación normativa.

Así, una norma penal existe desde que se llevan a cabo los procedimientos legales necesarios para su adopción, que en nuestro ordenamiento jurídico implica el proceso de su aprobación por las Cortes como ley orgánica, su sanción real, y su posterior publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 90 CE). Con este proceso la disposición legal –de la que se extrae la norma– pasa a formar parte del sistema jurídico.

Pero ello no significa que la misma sea aplicable desde ese momento. Para que la misma sea aplicable, ésta debe entrar en vigor (art. 2.1 CC). El período de tiempo que existe entre el momento en que la norma se publica en el BOE y el momento en que entra en vigor (sea conforme a lo establecido en la propia disposición legal, sea conforme a la previsión subsidiaria establecida en el art. 2.1 CC) se denomina *vacatio*

legis, intervalo temporal que encuentra su sentido en la posibilidad de que los ciudadanos conozcan la norma con anterioridad a su entrada en vigor, lo que les permite adecuar su conducta a la nuevas normas que serán de aplicación en el futuro.

Una vez una norma entra en vigor, la aplicabilidad se determina ligando una determinada acción (una propiedad de una norma, lo que podría ser, por ejemplo, la acción de matar en el delito de homicidio) al intervalo de vigencia de una norma mediante un punto de conexión, que en el caso del Derecho Penal es el momento de comisión del delito⁹⁴. La aplicación de una norma a hechos cometidos con anterioridad a su intervalo de vigencia se definirá como una aplicación retroactiva de dicha norma, y la prohibición de irretroactividad es lo que impide esa aplicación cuando la norma resulta desfavorable para el sujeto activo del delito.

Se trata éste de un concepto formal de retroactividad, fruto de una reconstrucción racional del mismo, que permite explicar las intuiciones de los juristas sobre esta noción, y resulta aplicable en relación con una concepción del derecho basada en la aplicación de textos de carácter escrito cuyas condiciones de existencia y aplicabilidad son susceptibles de ser reconocidas *erga omnes*.

Por otro lado, para entender correctamente algunos problemas de retroactividad a través de las modificaciones jurisprudenciales, resulta esencial distinguir entre formulación normativa (las expresiones lingüísticas que conforman los textos normativos) y norma (el significado extraído a partir de dichas expresiones lingüísticas). Esto significa que el cambio normativo no siempre se produce mediante procedimientos formales de creación normativa, sino que también puede producirse a través de la interpretación. Estos cambios normativos, en la medida en que sea claro que se han producido, y el momento en que este cambio ha tenido lugar, también deben ser sometidos a la prohibición de la retroactividad de las normas penales desfavorables.

Esta última noción no resulta, sin embargo, imprescindible en el caso de los delitos de lesa humanidad, porque nos hallamos ante una norma que no se hallaba vigente en el momento de la comisión de los atentados del 11 de marzo de 2004, como veremos seguidamente.

Como se ha dejado expuesto en un pasaje anterior de este informe, el delito de lesa humanidad fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, mediante su artículo Centésimo sexagésimo. Asimismo, mediante la misma ley, en sus artículos cuadragésimo séptimo y cuadragésimo noveno, se modificaron los artículos 131 y 133 del Código penal para introducir la imprescriptibilidad de las infracciones penales de lesa humanidad y de las penas impuestas conforme a los mismos.

Dicha Ley Orgánica 15/2003 contenía, en primer lugar, una Disposición transitoria primera, cuyo contenido es el siguiente:

“Disposición transitoria primera.

1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta ley.

3. En todo caso, será oído el reo”.

Se trata ésta de una disposición redundante (salvo en lo que establece en relación con la prohibición de una *lex tertia*, apartado segundo –en relación con la *lex tertia*, *vid.* FRÍGOLS I BRINES, 2004: 522–), por cuanto, como hemos visto, no cabe usar una norma que no estaba vigente en el momento de los hechos si resulta más perjudicial para el reo, tal y como se deduce del artículo 25.1 CE y de los artículos 1 y 2 Cp. Pero lo más relevante a este respecto es tener en cuenta cuándo entró en vigor la Ley Orgánica 15/2003, y a estos efectos se debe tener en cuenta lo contenido en la disposición final quinta de la dicha Ley.

“Disposición final quinta.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004, con excepción de la disposición final primera, la disposición final segunda, la disposición final tercera y la disposición final cuarta, que entrarán en vigor el día siguiente al de la publicación de esta ley orgánica en el «Boletín Oficial del Estado», y de los apartados octogésimo octavo, octogésimo noveno y nonagésimo del artículo único, que modifican los artículos 259, 260 y 261 del Código Penal, que entrarán en vigor el mismo día en que lo haga la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

Así, conforme a lo establecido en esta disposición final, el día de entrada en vigor de esta ley es el 1 de octubre de 2004. Las excepciones que se contienen en dicha disposición (las disposiciones finales primera, segunda y tercera y cuarta, así como los artículos referidos a las insolvencias punibles) no se refieren al delito de lesa humanidad, ni tampoco a los preceptos que establecen la imprescriptibilidad de dichos delitos. No cabe, a partir de esa fecha de entrada en vigor, la aplicación del delito de lesa humanidad a los hechos acaecidos el 11 de marzo de 2004, porque de otra forma se estaría realizando una aplicación con anterioridad a su entrada en vigor, es decir, una aplicación retroactiva que vulnera la prohibición de retroactividad contenida en el artículo 25.1 de la Constitución.

4.2. LA AMPLIACIÓN DEL PERÍODO DE PRESCRIPCIÓN DE UN DELITO YA COMETIDO VULNERA LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES DESFAVORABLES

Otra cuestión que consideramos preciso plantear, para agotar el análisis de todas las posibilidades que nuestro ordenamiento pudiera ofrecer para evitar la prescripción de los atentados del 11-M, es si sería posible realizar una extensión del período de prescripción de las infracciones penales cometidas mediante los atentados del día 11 de marzo de 2004, evitando la prescripción respecto de personas que no hayan sido todavía juzgadas por esos hechos. Todo ello dejando manifestado que los datos de los que disponemos para elaborar este informe se ciñen al relato de hechos probados de la Sentencia del Tribunal Supremo número 503/2008, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:4587), que enjuició los atentados del 11-M, calificando los hechos como delitos de terrorismo y que tiene carácter de sentencia firme. Es una hipótesis de trabajo cuyo fundamento fáctico se desconoce, sin que se tenga constancia de la existencia de un procedimiento de investigación judicial en España en relación con esta posibilidad. Se trata, en definitiva, de valorar si la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, introducida en el CP español en 2010 –como se expuso al inicio de este informe–, podría ser aplicable al hipotético enjuiciamiento de personas no enjuiciadas ni, por tanto, condenadas en la STS 503/2008.

Expuesta la anterior cautela, y pasando al fondo de la cuestión, se ha hecho referencia con anterioridad a la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, y a su regulación en el artículo 25.1 CE. La duda que se puede plantear respecto a la prescripción es si, dado que no se trata propiamente de una infracción penal o de una pena, se halla cubierta por la prohibición de retroactividad de las normas favorables del mismo modo que éstas. Para responder esta pregunta, y dado que la hipótesis se plantea respecto del Derecho Penal español, se debe atender a lo que la doctrina y la jurisprudencia españolas han resuelto respecto de esta cuestión.

Es cierto que existen algunos países, como Alemania, que aceptan la extensión retroactiva de los plazos de prescripción de algunos delitos. Sin embargo, el marco excepcional en que esto ha sucedido (con los delitos cometidos durante el régimen nazi o los cometidos con vulneración de derechos fundamentales durante la República Democrática Alemana), y la naturaleza que le otorgan a la prescripción en dicho país (entendiéndola como una institución de carácter procesal) no resulta un precedente valioso para una discusión sobre la aplicación de la retroactividad, y no puede olvidarse que países como Italia tienen una concepción de la prescripción del delito sustantiva y aplican la prohibición de retroactividad en todo caso. Sin embargo, como se dirá, la cuestión del carácter sustantivo o procesal de la prescripción no es lo decisivo para considerar que su aplicación retroactiva desfavorable se halla prohibida por la Constitución.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo consideran que a la prescripción le son aplicables las garantías del principio de legalidad. En este sentido cabe citar, por ejemplo, la STC nº 29/2008, de 20 de febrero, donde el Tribunal expone muy claramente su posición al respecto:

“Al ser así, y al resultar toda la materia relativa a los casos en que está en juego el derecho a la libertad sometida al principio de legalidad por imposición de la propia Constitución (art. 25.1), resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción —un instituto regulado por normas penales, perteneciente al Derecho Penal material “y, concretamente, a la noción del delito”, como ha tenido ocasión de declarar la Sala Segunda del Tribunal Supremo (v.gr. SSTs 137/1997, de 8 de febrero, y 1211/1997, de 7 de octubre, entre otras)— venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto perjudiquen al reo” –FJ nº 10, negrita añadida–.

En el mismo sentido se pronuncia otras sentencias del mismo Tribunal como la STC nº 37/2010, de 19 de julio, FJ nº 6, o la STC nº 25/2018, de 5 de marzo, en la que se concede el amparo por realizar una interpretación de la prescripción que vulnera la legalidad penal, extendiéndola más allá de su tenor literal.

También coincide con una reiterada doctrina del Tribunal Supremo, por ejemplo, en Sentencias como la STS nº 101/2012, de 27 de febrero:

“Además, como dijimos, 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. 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 (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera más favorable. Así lo hemos declarado en varias Sentencias. Así, la STS 1064/2010, de 30 de noviembre, “el nuevo término de la prescripción entró en vigor en mayo de 1.999 cuando hacía meses que había cesado la conducta delictiva... sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva a un precepto penal menos favorable al acusado”; STS 1026/2009, de 16 de octubre, que refiere un supuesto de penalidad intermedia más favorable en referencia al término de prescripción; STS 719/2009, de 30 de junio, “es claro que la prescripción de tres años es más favorable que la dispuesta en el art. 113 anterior”; STS 149/2009, de 24 de febrero, “es más si estudiamos la normativa de la prescripción vemos que el Código de 1973 es más favorable (en comparación con el de 1.995)”; en ellas se refiere como argumento central el siguiente: “la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Ciertamente se ha discutido por algún sector doctrinal, e incluso algunos países han acogido una construcción de la prescripción de los delitos en la que manteniendo su naturaleza de derecho sustantivo, por afectar a la teoría del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal, despliega unos efectos procesales, entendiendo que sería de aplicación la regla del “tempus regit actum”. En

este sentido la nueva norma de prescripción sería de aplicación al momento procesal en el que actúa. Sin embargo, ese no ha sido el criterio de la doctrina penal y la jurisprudencia española que ha considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable.

Por lo tanto, 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 y arts. 1 y 2 del Código penal”.

En concreto, sobre la posible aplicación retroactiva de una extensión de la prescripción, se pronuncia la STS nº 289/2015, de 14 mayo, poniendo de manifiesto la imposibilidad de dar lugar a dicha aplicación retroactiva por vulnerar la prohibición de retroactividad:

“No obstante, una primera cuestión a analizar con carácter previo es la relativa a la fijación del “dies a quo” a partir del cual ha de iniciarse el referido cómputo, pues aunque, como queda dicho, los hechos ocurrieron entre el 23 y el 24 de Junio de 1996, no debe olvidarse que, a partir de la reforma del artículo 132 del Código Penal , operada por la LO 11/1999, de 30 de Abril , en delitos como el que aquí nos ocupa, “...cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad...” . Mayoría de edad que la denunciante no alcanzó hasta el NUM000 de 1997, fecha en la que cumplió los dieciocho años. Razón por la que podría sostenerse que hasta esa fecha no comenzó el plazo de prescripción y, por ende, cualquiera que fuere el criterio aplicable en cuanto a la interrupción o no del mismo de acuerdo con lo que más adelante se dirá, que la prescripción en realidad no se produciría hasta Octubre del 2012, fecha en la que ya las actuaciones se encontraban en trámite avanzado y expresamente dirigidas contra el denunciado, por lo que quedaría por completo excluida la posibilidad de aplicación de dichos efectos prescriptivos.

No obstante, hay que dejar una vez más sentado (vid. STS de 30 de Noviembre de 2010 y 16 de Abril de 2013, entre otras) que la doctrina de esta Sala respecto de este extremo considera que, por razón de la interpretación que aquí se hace de la irretroactividad de la norma más desfavorable para el reo (art. 2 CP) y dada la connotación sustantiva que a la prescripción penal se le viene atribuyendo, no sólo la duración del plazo sino también todo el régimen aplicativo de esta institución, habrán de ser los que regían al tiempo de la comisión del ilícito, salvo modificación legal ulterior más favorable o, en todo caso, que la mayoría de edad se alcanzase encontrándose vigente ya el nuevo precepto y no, como en esta ocasión, año y medio antes.

En definitiva, puesto que el día del comienzo del cómputo era, en 1996, el de la comisión de los hechos sin excepción alguna en atención a la edad de la víctima, semejante previsión, indudablemente más favorable en este caso para el querellado, es la que

debe ser aplicada, de modo que, como antes ya se dijo, los quince años de prescripción, inicialmente y si no hubieran sido interrumpidos, quedarían cumplidos el 24 de Junio de 2011 y no el 10 de Octubre de 2012” –FJ nº 2, negrita añadida–.

Resulta claro, por todo lo expuesto, que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo defienden que la prescripción se halla protegida por el principio de legalidad, y que una aplicación retroactiva de una norma que ampliase la prescripción en relación con cualquier tipo de delito resultaría contraria a la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, de forma que no resulta imposible extender la prescripción respecto de hechos ya cometidos. En términos idénticos se pronuncian las distintas circulares de la Fiscalía General del Estado (Circular FGE nº 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores, punto VII; Circular 1/2004, de 22 de diciembre, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003, punto III.4.6, punto derecho transitorio y prescripción, entre otras). En la doctrina penal española, se vincula la aplicación de la prohibición de la retroactividad de las normas penales desfavorables al carácter de Derecho Penal sustantivo, pero no todos los que discuten su carácter sustantivo son partidarios de su aplicación retroactiva (FRIGOLS I BRINES, 2004: 328-329; GILI PASCUAL, 2001: 26; este último autor, pese a no pronunciarse de forma clara sobre la naturaleza sustantiva de la prescripción, también cree que no cabe su aplicación retroactiva).

De todo ello se colige con claridad que, en nuestra opinión, de conformidad con lo establecido en el Derecho Penal español, no resulta posible la extensión de la prescripción a hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la norma que acuerde dicha extensión de la prescripción, porque supondría una aplicación retroactiva de la ley penal que impide la prohibición constitucional de retroactividad de las normas penales desfavorables. Es más, existen autores que defienden que el carácter sustantivo o procesal de la prescripción resulta indiferente, por cuanto consideran que el fundamento de la prohibición constitucional de la retroactividad de las normas penales es la limitación de la extensión del *ius puniendi*, provenga éste de los delitos y de las penas, o de cualquier elemento que suponga una aplicación de ese *ius puniendi* y comporte una restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos (en este sentido, FRÍGOLS I BRINES, 2004: 345 *passim*).

5. CONCLUSIONES

De todo cuanto hemos dejado expuesto en los epígrafes anteriores,

–reconociendo un contexto favorable a la protección de las víctimas del delito, que recomienda explorar la calificación de los atentados terroristas como delitos de lesa humanidad (*vid. supra* epígrafe 2),

–reconociendo, asimismo, la posibilidad, con todo muy discutible, de calificar en abstracto o teóricamente los atentados del 11-M como delito de lesa humanidad conforme al art. 607.bis del Código Penal español vigente (*vid. supra* epígrafe 3)

Debe concluirse, de conformidad con lo manifestado en el epígrafe 4:

PRIMERO.- La imposibilidad jurídica de aplicación del art. 607.bis CP que tipifica el delito de lesa humanidad, a los hechos cometidos el 1 de marzo de 2004, por ser hechos anteriores a la entrada en vigor de la norma.

Desde la perspectiva de la aplicación del Derecho Penal español no cabe la aplicación del delito de lesa humanidad a los atentados del 11-M, porque se trata de una conducta que no estaba vigente en el momento de los hechos, y su aplicación vulneraría la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables contenido en el artículo 25.1 CE, sin que sea posible la aplicación del Derecho Penal consuetudinario, por cuanto la costumbre, sea de carácter internacional o interno, no es una fuente del Derecho Penal en nuestro país.

SEGUNDO.- La imposibilidad de extender la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona, según dispone el art. 131.2.II CP, a los hechos anteriores a su entrada en vigor y, por ende, a los atentados del 11-M.

La aplicación de cualquier extensión de la prescripción de un delito a hechos anteriores a su momento de comisión también supondrá la vulneración de la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables contenido en el artículo 25.1 CE, sea ésa una institución de carácter sustantivo –como sostiene claramente el Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina– o aunque se defienda un carácter distinto para esa institución.

6. EXCURSO: OTRAS POSIBLES VÍAS DE PERSECUCIÓN DE LOS ATENTADOS DEL 11-M O DE REPARACIÓN O SATISFACCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL 11-M

Extraídas las consecuencias anteriores, se ha planteado el grupo de investigación otras posibles vías de persecución judicial de los atentados del 11-M, que pudiera evitar la prescripción de los delitos cometidos. No obstante, se reconocen las dificultades, insalvables algunas, que tienen las siguientes posibilidades analizadas:

6.1. LA VÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La posibilidad de acudir a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, reconociendo en todo caso la dificultad que plantearía la calificación jurídica de los atentados como delito de lesa humanidad (*vid supra* epígrafe 3), queda vetada por cuanto la jurisdicción de la Corte es complementaria a la de las jurisdicciones nacionales.

A nuestro juicio, la existencia de una sentencia firme de condena por los atentados del 11-M (STS 503/2008, de 17 de julio, citada) impediría abrir esta vía de persecución.

6.2. LA JURISDICCIÓN DE OTROS ESTADOS EXTRANJEROS:

La posibilidad de perseguir los atentados del 11-M en otros Estados extranjeros bien a través del principio de justicia universal, bien porque su legislación interna les otorgue competencia en atención a algún otro criterio aplicable (v. gr. criterio de personalidad activa) exigiría que, además, dicho Estado tuviera tipificado y en vigor el delito de lesa humanidad en la fecha de comisión de los hechos (1 de marzo de 2004).

Es preciso manifestar que esta vía ya ha sido explorada para la persecución de los crímenes perpetrados por ETA en nuestro territorio en fecha anterior al 1 de octubre de 2004 y que dicha iniciativa se está encontrando con la oposición de la propia Audiencia Nacional que desestima las Comisiones Rogatorias provenientes de Argentina (país de recepción de las querellas), por entender que los hechos ya están siendo objeto de enjuiciamiento en España (v. gr. Auto JCI, nº 6, de 31 de octubre de 2016, ECLI:ES:AN:2016:217A; *vid.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, 2017).

Desconociendo el estado de la causa respecto de posibles intervinientes en los hechos del 11-M que no hayan sido todavía enjuiciados ni condenados en España, es de prever el mismo resultado negativo, dada la existencia de sentencia firme por los hechos cometidos el 11-M.

6.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR NO LLEVAR A CABO UNA INVESTIGACION PROFUNDA, IMPARCIAL Y EFECTIVA

Se dejó expuesto en el epígrafe 2 la existencia de un contexto internacional favorable a la interpretación *pro víctima* de las normas que reconocen los derechos humanos. En este contexto debe destacarse la doctrina de los tribunales de derechos humanos que consideran violación de los convenios las actuaciones de los Estados que no castigan los delitos primarios y establecen obligaciones paralelas de reparación o satisfacción.

En relación con nuestro ordenamiento jurídico debemos destacar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que determina la responsabilidad del Estado por no llevar a cabo una investigación profunda, imparcial y efectiva, cuestión que planteamos en relación con la hipótesis –a la que nos hemos referido anteriormente– de que haya personas que hayan tenido intervención en los atentados del 11 de marzo de 2004, y que no hayan sido todavía juzgadas por estos hechos.

Se debe poner de manifiesto, con carácter previo, que se desconoce por completo el contenido de las investigaciones llevadas a cabo en los Tribunales españoles en relación con esta cuestión. Para redactar este informe no se ha tenido acceso a las diligencias, y en nuestro ordenamiento jurídico, y de conformidad con lo establecido en el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hasta el enjuiciamiento las diligencias sumariales son secretas y carecen de carácter público, de forma que sólo pueden acceder a las mismas las partes personadas, en el supuesto de que no se haya decretado el secreto de las actuaciones.

En consecuencia, las reflexiones que aquí se realizan tienen un carácter meramente teórico, y sólo serán aplicables en el supuesto de que se den efectivamente las condiciones que establecen para su aplicación.

La pregunta a la que en este informe se pretender dar respuesta es si la ausencia de una investigación judicial adecuada por parte de la justicia española sobre la identidad de todas las personas que pudieran haber intervenido de alguna forma en los ataques terroristas del 11 de marzo de 2004 podría tener alguna consecuencia jurídica en el marco del ordenamiento español.

Se trata, como ya se ha indicado, de un ejercicio meramente teórico, por la falta de datos concretos sobre la instrucción desarrollada, en su caso, en relación con estos hechos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una doctrina, ya consolidada, a partir de la cual los Estados pueden ser declarados responsables de una violación del artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en los casos en los que, tras la muerte violenta, sea a manos de agentes del Estado, o sea como consecuencia de terceros, deberá ser objeto de una investigación profunda, imparcial y efectiva. En aquellos casos en los que se acredite que dicha investigación no se ha llevado a cabo, y de conformidad

con lo establecido en el artículo 41 del mismo convenio, se podrá dar lugar a una indemnización, en el caso de que el derecho interno no permita dar completa satisfacción a la violación provocada.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales resulta plenamente aplicable a España, no sólo porque ha sido ratificado y se halla en vigor respecto de España, y conforme al artículo 10.2 de la Constitución “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, sino también porque el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea establece que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

El artículo 2 de la Convención establece que:

“El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”.

Dada la importancia que se asigna a la vida como bien jurídico fundamental, que es el presupuesto básico para el resto de derechos y libertades fundamentales, en los años noventa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desarrolló una doctrina según la cual,

“la obligación de proteger el derecho a la vida de conformidad con el artículo 2 del Convenio, leída de consuno con el deber general del Estado, de conformidad con el artículo 1 del Convenio, “de asegurar la protección de los derechos y libertades de todos aquellos que se hallen en el marco de su jurisdicción”, también exige implícitamente que debe existir una investigación oficial que sea efectiva cuando se ha dado muerte a personas mediante el uso de la fuerza [ver; mutatis mutandis, la Sentencia McCann y otros, citada más arriba, § 161 y la Sentencia Kaya c. Turquía de 19 de febrero de 1998, Reports 1998-I, § 105]. El propósito fundamental de tal investigación es asegurar la efectiva aplicación de las leyes internas que protegen el derecho a la vida y, en aquellos casos que impliquen a agentes o cuerpos del Estado, asegurar que responden por las muertes ocurridas bajo su responsabilidad. El tipo de investigación que alcanzará estas finalidades puede variar dependiendo de las circunstancias. En cualquier caso, sea cual sea la modalidad de investigación, las autoridades deben obrar siguiendo su propio impulso, una vez la cuestión ha sido puesta en su conocimiento. Éstas no pueden dejar a la iniciativa de sus familiares más próximos el hecho de formular una denuncia o el de hacerse cargo de la dirección de los procesos de investigación [véase, por ejemplo, mutatis mutandi, İlhan c. Turquía [GC] no. 22277/93, § 63, ECHR 2000-VII]”-Sentencia de la Sección Tercera del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de abril de 2003, Caso AKTAŞ c. TURQUÍA, § 299-.

Esta investigación debe ser, de conformidad con esa jurisprudencia reiterada, “de una extrema profundidad, imparcialidad y diligencia” –Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de mayo de 2019, Caso Chehab c. Francia, § 85–, haciéndose depender esta cuestión de múltiples parámetros esenciales: la idoneidad de las medidas de investigación adoptadas, la celeridad de la investigación, la participación de los allegados del fallecido y la independencia de la investigación, y con el fin de ser considerada “eficiente”, en primer lugar debe ser idónea, es decir, debe ser capaz de llevar a la determinación de los hechos y, en los casos en que corresponda, a la identificación y castigo de los responsables. Estas exigencias alcanzan a la fase de juicio, pero no se puede deducir que el artículo 2 comprenda el derecho a enjuiciar o condenar a terceras personas o una obligación de que los procedimientos terminen en condena, o en una determinada sentencia – Sentencia de la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de septiembre de 2020, Caso Kotilainen y otros c. Finlandia, § 92-93-.

Resulta claro, a partir de lo establecido, que en los casos en que se producen muertes violentas como consecuencia del uso de la fuerza –lo que incluiría, evidentemente, los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004–, el Estado tiene una obligación positiva de llevar a cabo una investigación que el TEDH exige que sea eficiente, idónea y diligente. Además, se establece con claridad que deben ser las propias autoridades judiciales del Estado quienes deben, nada más recibir la *notitia criminis*, realizar una tarea de investigación eficaz.

Al tratarse de una obligación positiva ello implica que el mero hecho de que dicha investigación no se haya llevado a cabo adecuadamente por parte del Estado, ello genera automáticamente una vulneración del derecho fundamental a la vida, y una obligación de compensación a los familiares de las víctimas. No resulta necesario, por tanto, que el Estado tenga responsabilidad alguna en la muerte de las personas, por acción o por omisión, sino que la vulneración del derecho se produce exclusivamente por el hecho de no haber llevado a cabo una investigación adecuada. Con ello el TEDH pretende forzar que los Estados garanticen adecuadamente un derecho fundamental de tal entidad, incentivando que existan investigaciones concienzudas en esta clase de supuestos.

Sin embargo, resulta necesario poner de manifiesto que, como ya se ha expuesto, esa obligación de llevar a cabo una investigación idónea y eficaz sobre lo establecido no implica que se deba dar lugar a una condena, ni tampoco que se deba dar lugar a la condena de determinadas personas, por cuanto esto no sería exigible conforme al contenido de este derecho.

En este sentido, y a los efectos de la hipótesis fáctica con la que se trabaja, resulta relevante poner de manifiesto, por ejemplo, que el TEDH no consideró vulnerado el derecho fundamental en un supuesto en el que se declaró la prescripción como

consecuencia de la duración de la investigación, porque el Tribunal estimó que pese a ello la investigación, dadas sus circunstancias, fue eficaz, porque esta obligación no exige la necesidad de condenar a personas determinadas, ni que de toda investigación debe finalizar en una condena (Sentencia de la Sección Primera del TEDH de 19 de marzo de 2020, Caso Fabris et Parziale c. Italia, § 101); por el contrario, el Tribunal estimó que había violación por parte de un Estado, porque no había dado lugar a la entrega de una persona sospechosa de un delito de terrorismo ante el temor de que pudiese sufrir torturas en España, sin haber realizado una indagación sobre la probabilidad de esta circunstancia y habiendo dado lugar a la entrega de otras personas sospechosas del mismo delito sin plantear esa misma objeción (Sentencia de la Sección Segunda TEDH de 9 de julio de 2019, Caso Romeo Castaño c. Bélgica). También consideró el Tribunal que hubo vulneración del derecho fundamental en un supuesto en el que tras acordarse la libertad de un recluso éste dio muerte a dos personas, siendo así que existían dudas sobre la oportunidad de conceder esa libertad, y se revocó la situación de libertad existiendo noticias del incumplimiento de las condiciones en que ésta fue concedida, sin que a consecuencia de ellos existiesen consecuencias disciplinarias ni de ningún otro tipo para los implicados –Sentencia de la Sección Segunda del TEDH, de 15 de diciembre de 2009, Caso Maiorano y otros c. Italia–.

Por último, también para la hipótesis fáctica planteada, resulta relevante la Sentencia de la Sección Primera del TEDH de 17 de septiembre de 2020, Caso Kotilainen y otros c. Finlandia, por cuanto en la misma se plantea la vulneración del artículo 2 del Convenio –en su contenido material, esta vez– al estimar que los elementos que generan un gran riesgo para la vida, como las armas de fuego, deben ser sujetos a un adecuado control, y “debe conllevar un deber de actuar para las autoridades cuando existan sospechas sobre incumplimientos en relación con las mismas”. Esto podría ser utilizado, *mutatis mutandis*, en relación con el control de explosivos, dada su capacidad letal.

Las premisas del planteamiento han quedado, con el presente informe, claramente establecidas. Sin embargo, este planteamiento no puede ser desarrollado con más profundidad si no se dispone de hechos respecto de los que aplicarlo, lo que determina, por el momento, la imposibilidad de ir más allá del presente planteamiento de carácter exclusivamente teórico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

ACQUAVIVA, G. (2009): "Terrorism", en Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*.

ARNOLD, R. (2004): *The Prosecution of Terrorism as a Crime Against Humanity*, ZaoRV 64 (2004), 979-1000, [En línea], https://www.zaoerv.de/64_2004/64_2004_4_a_979_1000.pdf

CASSESE, A. (2001): "Terrorism is also disrupting some crucial legal categories in international law", 12 EJIL (2001).

DE LONDRAS, F. (2011): *Terrorism as an international crime*, en Schabas/ Bernaz, *Routledge Handbook of International Criminal Law*.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2016a): *Estudio sobre los derechos de las víctimas de ETA. Su situación actual*. [En línea], <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/12/VictimasETA.pdf>

DEFENSOR DEL PUEBLO (2016b): *Estudio sobre los derechos de las víctimas de ETA. Su situación actual. Respuesta de las administraciones a las recomendaciones realizadas en el estudio sobre víctimas de ETA*. [En línea], <https://www.defensordelpueblo.es/otras-publicaciones/estudio-victimas-eta-principales-recomendaciones/>

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (2017): "Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional relativa a la organización terrorista nacionalista vasca ETA", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2017: 30, pp. 49-93. [En línea], <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6823809>

FRÍGOLS I BRINES, E. (2004): *Fundamentos de la Sucesión de leyes en el Derecho Penal español: Existencia y aplicabilidad de las normas penales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

GENOCIDE NETWORK SECRETARIAT (EUROJUST) (2020): "Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences", May 2020.

GIL GIL, A. (2005): "La sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r1 (2005). [En línea], <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>

GIL GIL, A. (2016): "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4/2016, pp. 1-39. [En línea], <https://indret.com/sobre-la-satisfaccion-de-la-victima-como-fin-de-la-pena/>

GILI PASCUAL, A. (2001): *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, Elcano.

INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION OF INQUIRY ON THE SYRIAN ARAB REPUBLIC (2014): Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, Rule of Terror: Living under ISIS in Syria, A/HRC/27/CRP.3, 19 November 2014.

LIÑÁN LAFUENTE, A. (2016): "La investigación de los actos terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad. Análisis de las resoluciones de la Audiencia Nacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n° 15 (enero 2016), pp. 267-302. [En línea], <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24492>

LIÑÁN LAFUENTE, A. (2018): "Terrorismo y delito de lesa humanidad", en *Estudios sobre Derecho Penal Internacional*, A. Liñán Lafuente y M. Ollé Sesé (coords.), Universidad Complutense, Madrid, pp. 43-57.

ROGER, M. (2004): "Can acts of international terrorism be regarded as crimes against humanity?". [En línea], https://vm.ee/sites/default/files/content-editors/web-static/027/Martin_Roger.pdf

SCHABAS (2020): *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd Ed., 2020.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2009): "Nullum crimen sine poena?: sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del auto", en Martínez Francisco, García-Pablos de Molina, Miranda de Avena (coords.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, págs. 17-42.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2016): "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 1/2022. [En línea], <https://indret.com/deberes-positivos-del-estado-y-derecho-penal-en-la-jurisprudencia-del-tedh/>

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2016): "El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35.

TOMUSCHAT, C. (2001): Der 11. September und seine rechtlichen Konsequenzen", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2001).

UN HUMAN RIGHTS COUNCIL (2014): *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, A/HRC/27/60, 13 August 2014.

VIGANÒ, F (2014): "La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales", Política Criminal, Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), Art. 5, pp. 428-476. [En línea], <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol9N18A5.pdf>

ZÖLLER, TERRORISMUSSTRAFRECHT, HEIDELBERG (C.F. MULLER) 2009: en Cano Paños, M.A., "El Derecho Penal ante los desafíos del terrorismo global. Recensión", InDret 3/2010. [En línea], <https://indret.com/el-derecho-penal-ante-los-desafios-del-terrorismo-global/>

REFERENCIAS

i Sobre el "derecho a conocer la verdad" véase el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos, 62º período de sesiones, tema 17 del programa provisional, 9 de enero de 2006. Este informe está citado por el elaborado por el Defensor del Pueblo "Los derechos de las víctimas de ETA. Su situación actual" (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2016a: 11).

ii Afirma la autora en esta publicación, a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el caso Scilingo que, a su juicio, no resulta convincente que el delito de lesa humanidad consuma al delito de terrorismo y que no "parece defendible que la relación entre el delito de terrorismo y los crímenes de lesa humanidad sea de concurso de leyes" (nota al pie número 7).

iii Aquí se hace ya referencia a que, pese a la insatisfactoria redacción del artículo 25.1 CE en relación con la mayor parte de las garantías ligadas al principio de legalidad, y que el TC se ha encargado de aclarar con posterioridad, la prohibición de retroactividad de las normas penales es la única garantía que puede ser claramente extraída de su tenor literal.

iv Como se define en los artículos 1 y 2.1 CP, estableciendo el artículo 7 CP un concepto –poco útil, eso sí– del omento de comisión. En este contexto, los artículos 1 y 2 CP establecen la necesidad de aplicar la norma vigente en el momento de los hechos, imposibilitando la aplicación de normas posteriores más graves que aquella y propiciando la aplicación de las normas posteriores más favorables. En este sentido, los artículos 1 y 2 CP son metadisposiciones - es decir, disposiciones que tienen como objeto otras disposiciones-, que determinan cuál es la norma aplicable: los artículos 1 y 2.1 CP actúan como puntos de conexión, y el artículo 2.2 CP actúa como disposición de aplicabilidad, estableciendo la aplicabilidad de la norma más favorable entre las que estén vigentes en el momento de comisión de los hechos y con posterioridad al mismo,

hasta el momento en que la pena se halle ejecutada. Sobre la naturaleza de dichos preceptos y su función, vid. FRÍGOLS i BRINES, 2004: 168-195 y 513-521, sobre la función concreta de los artículos 1 y 2 CP.

Sin embargo, cuando existen disposiciones transitorias, que son un criterio de aplicabilidad de carácter superior -es decir, son metadisposiciones sobre las metadisposiciones-, serán éstas las que deberán ser aplicadas. En este sentido existe una jerarquía de planos en la aplicación temporal, que va desde el plano inferior, que es el de vigencia, al plano superior a éste, que es el de las disposiciones de aplicabilidad - inherentes al corpus normativo, y en este sentido autorreferentes-, y que presenta planos superiores a ellos, como el formado por el nivel de las disposiciones transitorias. Vid. FRÍGOLS i BRINES, 2004: 176-178 y 516-517, nota 699.

