



Asociación Española
para el Derecho Internacional
de los Derechos Humanos

Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

Inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el número 584705 / CIF: G74166471
Calle Párroco Camino 19-3º D, 33700 Luarca (Valdés, Asturias, España). Teléfono: 00-34-985-642253
Dirección electrónica: aedidh@yahoo.es – Portal internet: www.aedidh.org

INFORME EN DERECHO
CAUSA ESPECIAL Nº. 20048/2009:
QUERRELLA(S) INTERPUESTA(S) CONTRA EL
MAGISTRADO-JUEZ D. BALTASAR GARZÓN
REAL, POR EL SUPUESTO DELITO DE
PREVARICACIÓN.
EXAMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL AUTO DE 3
DE FEBRERO DE 2010 DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO INTERNACIONAL.

Javier Chinchón Álvarez y Lydia Vicente Márquez¹

Madrid y Dili, 16 de febrero de 2010.

¹ Javier Chinchón Álvarez es Profesor Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y Director Ejecutivo de la AEDIDH. Lydia Vicente Márquez es Consultora Internacional de derechos humanos y Miembro de la AEDIDH. Los autores desean agradecer las valiosas observaciones al contenido de este Informe que les fueron remitidas por Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez, Presidente y Secretario general de la AEDIDH, respectivamente.

Sumario
— PRESENTACIÓN
I. CONSIDERACIONES INICIALES: EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU JERARQUÍA NORMATIVA
II. PREMISA DE BASE: LA LEY 52/2007 Y EL DERECHO A INTERPONER UN RECURSO EFECTIVO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
III. EXAMEN DE LOS ASPECTOS CLAVE DEL AUTO DE 3 DE FEBRERO DE 2010 DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL
1. LA LEY DE AMNISTÍA DE 15 DE OCTUBRE DE 1977
A) El carácter “democrático” de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977
B) La disposición del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949
C) La Ley de Amnistía de 1977 y el Derecho Internacional aplicable: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
D) Conclusión
2. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, INCLUIDA LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, EN EL DERECHO INTERNACIONAL
A) Crímenes contra la humanidad e imprescriptibilidad
B) La desaparición forzada como crimen permanente
C) Conclusión
— CONCLUSIONES

PRESENTACIÓN

La Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) tiene el honor de emitir el presente Informe en Derecho relativo a la Causa Especial N.º. 20048/2009: Querrela(s) interpuesta(s) contra el Magistrado-Juez D. Baltasar Garzón Real, por el supuesto delito de prevaricación.

Este Informe en Derecho se propone formular exclusivamente algunas consideraciones de naturaleza jurídica en torno a los argumentos formulados por el Magistrado-Instructor D. Luciano Varela Castro, en su Auto de 3 de febrero de 2010, en lo relativo al Derecho Internacional aplicable. En él se exponen las razones y los motivos que nos permiten concluir que la imputación de un delito de prevaricación al Magistrado-Juez D. Baltasar Garzón Real no está jurídicamente justificada.

En consecuencia, y sin ánimo de agotar la materia abordada², en este Informe la AEDIDH, con fundamento en el principio de primacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno de los Estados, ofrece sus razonamientos relativos a (1) la Ley de Amnistía de 1977 y su consideración desde el Derecho Internacional y (2) los crímenes de lesa humanidad, incluida la desaparición forzada de personas, en el Derecho Internacional. De esta manera, la AEDIDH confía en que estas consideraciones contribuyan al ejercicio de las funciones que son las propias del Tribunal Supremo, poniendo a su disposición una argumentación jurídica respetuosa y compatible con las normas jurídicas internacionales vinculantes para España. Tal es el propósito de este Informe.

La AEDIDH es una organización no gubernamental sin ánimo de lucro, constituida en el Principado de Asturias (España) en el año 2004, inscrita en el Registro Nacional español de Asociaciones con el número 584705 y compuesta de 91 especialistas españoles y latinoamericanos en Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Su objetivo es constituir un puente permanente de comunicación entre el mundo académico, las instituciones públicas y la sociedad civil, al objeto de trasladar a la práctica de España y de los países latinoamericanos las normas y los principios del DIDH, alentando a su cumplimiento y al de las decisiones y recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos encargados de supervisar su respeto efectivo. Entre los fines estatutariamente previstos, se contempla específicamente la participación en la divulgación y promoción del DIDH en el conjunto del territorio del Estado español y de otros países de lengua española. La AEDIDH se asignó también como finalidad estatutaria la de “asesorar y representar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos ante los órganos internacionales de protección” [arts. 2.4 y 3.3 c) de sus vigentes Estatutos].

² Para una visión de conjunto sobre la posición de la AEDIDH, véase el Informe de 30 de abril de 2008, elaborado por Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez en representación de dicha Asociación y titulado “Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura”. Accesible desde <http://www.reei.org/reei%2016/indice.htm> y <http://www.aedidh.org/?q=node/190>. Ese Informe fue emitido para la consideración de la PLATAFORMA POR VÍCTIMAS DE DESAPARICIÓN FORZADA DEL FRANQUISMO, foro de encuentro de Asociaciones del Estado español personadas en la causa presentada en los Tribunales cuyo principal objetivo es la búsqueda y la recuperación de los restos de los desaparecidos durante la guerra civil y el franquismo, víctimas de la represión (proceso de examen de distintas denuncias que ha dado origen a las Diligencias previas 399/2006, tramitadas ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional española).

I. CONSIDERACIONES INICIALES: EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU JERARQUÍA NORMATIVA.

La solución a un hipotético conflicto entre las obligaciones internacionales (sea cual sea su fuente) está prevista en los artículos 10, 95 y 96 del texto constitucional de 1978 (que a su vez guardan un acusado parentesco con los artículos 7 y 65 de la Constitución de 1931). El artículo 96.1 recoge un principio universalmente admitido al establecer que las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. No sólo figuran mencionados aquí los tratados internacionales, sino también las normas generales del Derecho Internacional (esto es, la costumbre) para las que se prevé su recepción automática en Derecho español. Es más, según el artículo 95.1 “la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, es decir, para eliminar los obstáculos internos y así poder dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en la norma internacional.

Un mandato próximo al del artículo 96.1 es el que se encuentra en el segundo párrafo del artículo 10 de la Constitución española, donde se ordena interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esta disposición evita en un ámbito material concreto (el de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución garantiza) toda colisión entre la Constitución y las obligaciones internacionales que pesan sobre España. El artículo 10.2 proporciona a los poderes públicos, y podría decirse también que a todos los operadores jurídicos, “parámetros interpretativos” de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos, lo que repetidamente viene afirmando el Tribunal Constitucional español: que el fundamento sobre el que se asienta el artículo 10.2 es “el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado”.³

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la que España es un Estado parte⁴, declara el principio de primacía del Derecho Internacional, recogiendo su carácter de regla consuetudinaria. De tal modo, establece el correcto orden de prelación, dentro del ordenamiento jurídico, entre el derecho interno de los Estados y el Derecho Internacional. Así, el artículo 26 de la Convención de Viena expone el principio fundamental *pacta sunt servanda*, en virtud del cual, “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. El artículo 27 es corolario del anterior y codifica una norma consuetudinaria de Derecho Internacional obligatoria para todos los Estados⁵, disponiendo

³ Fundamento Jurídico 7, párrafo 7º, Sentencia núm. 91/2000 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 30 de marzo,

⁴ Se adhirió el 2 de mayo de 1972, BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980. La Convención de Viena fue adoptada el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331

⁵ ANNEMIE SCHAUS, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, OLIVIER CORTEN & PIERRE KLEIN (dir.), Bruxelles, Bruylant-Centre de droit international-Université

que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Tales disposiciones conllevan la obligación de los Estados de adecuar su legislación interna, si ello fuera necesario, a las previsiones contenidas en el tratado, pues el cumplimiento de un tratado o convención internacional y de los derechos que en ellos se reconocen no puede quedar subordinado a la legislación interna de un Estado. Tal pretensión se opone a la realización del objeto y fin del tratado y viola, sin lugar a dudas, el principio fundamental de Derecho Internacional según el cual ningún Estado puede invocar su derecho interno para excusar o justificar el incumplimiento del Derecho Internacional⁶.

Cabe señalar, como ejemplo, que al convertirse en parte de la Convención de Viena, Guatemala formuló una reserva relativa al artículo 27, en virtud de la cual solamente reconocía la primacía del Derecho Internacional con relación a su legislación secundaria u ordinaria, excluyendo expresamente a su Constitución Política, que conservaría así primacía sobre aquél⁷. Fueron varios los Estados (Austria, Dinamarca, Finlandia, Suecia, Reino Unido de Gran Bretaña, Alemania y Bélgica) que objetaron esa reserva por considerar que cuestionaba normas de Derecho Internacional sólidas, bien establecidas y universalmente aceptadas, entendiéndose también que eran incompatibles con el objeto y fin de dicha Convención⁸. Asimismo, la inobservancia del artículo 27 de la Convención de Viena ya le valió a Guatemala la siguiente advertencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

“El Comité siente preocupación con respecto a la alegación del Estado Parte en cuanto a que sus preceptos constitucionales le impiden dar debido cumplimiento a las disposiciones del Pacto, lo cual lo ha llevado, por ejemplo, a mantener una jurisdicción personal para los militares, y al desconocimiento de algunos derechos de los miembros de las comunidades indígenas. El Estado Parte no debería aducir las limitaciones de su Constitución como motivo para el incumplimiento del Pacto, sino que debe elaborar las reformas necesarias para lograr dicho cumplimiento.”⁹

Libre de Bruxelles, 2006, article 27, p.1124 («Le principe d’impuissance du droit interne à justifier la non exécution d’un traité, telle que contenue á l’article 27, reflète en tout état de cause le droit international coutumier »).

⁶ Corte Internacional de Justicia, *Avena and other Mexican Nationals*, Memorial for Mexico (20 June 2003), p. 88, para.213 (“It was an essential task for the drafters to accommodate the myriad legal systems among the States party to the Convention, while at the same time protecting against States using their municipal laws to undermine the rights established in Article 36. To permit a State’s laws and regulations to impair or diminish rights conferred by the Convention would defeat the object and purpose of Article 36(2) and violate the fundamental principle of international law that no state may invoke its municipal law or internal structure to excuse or justify failure to obey international law”); ver también: PCIJ, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 6 December 1930, Series A, n° 24, p.12: A State “cannot rely on [its] own legislation to limit the scope of [its] international obligations.”

⁷ Ver AMNISTÍA INTERNACIONAL. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Memorial en Derecho como Amicus Curiae en el caso Radilla Pacheco, AMR 41/036/2009.

⁸ Ver por ejemplo observaciones formuladas por Austria, Bélgica, Dinamarca, Suecia y el Reino Unido, disponibles en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en.

⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Consideración de los informes presentados por los Estados partes bajo el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Observaciones finales del

En este mismo orden de ideas, la Corte Permanente de Justicia Internacional en su *Opinión relativa al Tratamiento de los Nacionales polacos en Dantzig*, afirmó que un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho Internacional o los tratados en vigor¹⁰. En la misma línea, la Corte Internacional de Justicia, en 1988, en la *Opinión Consultiva relativa a la Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud del artículo 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas*, declaró que se trata de un principio de Derecho Internacional generalmente aceptado que en las relaciones entre los Estados contratantes de un tratado, las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre aquellas del tratado.¹¹

De acuerdo con lo expuesto, puede concluirse que las obligaciones internacionales, y en concreto, los tratados internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, cualquiera que sea su denominación jurídica, debidamente ratificados o aprobados por un Estado constituyen normas de jerarquía superior a toda disposición de la ley interna, incluida la propia Constitución¹².

Comité de Derechos Humanos, República de Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, de 27 de agosto de 2001, párrafo 10.

¹⁰ Opinión consultiva de 4 de febrero de 1932, *Série A/B.nº44*, p.24 (“...un État ne saurait invoquer vis-à-vis d’un autre État sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »)

¹¹ P.C.I.J., *Series B*, No. 17, p.32 y Corte Internacional de Justicia, *Applicability of the obligation to arbitrate under section 21 of the United Nations Headquarters, Agreement of 26 June 1947*, *Advisory Opinion of 26 April 1988*, para.57. Ver *supra*, nota 7.

¹² PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 1994, p.135 (“De otro lado, los tratados deben observarse aunque sean contrarios al Derecho Interno de alguno de los Estados partes”). E igualmente los Principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y en su Sentencia, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su segunda sesión, 1950, Principio II (para.102.” The principle that a person who has committed an international crime is responsible therefore and liable to punishment under international law, independently of the provisions of internal law, implies what is commonly called the "supremacy" of international law over national law. The Tribunal considered that international law can bind individuals even if national law does not direct them to observe the rules of international law, as shown by the following statement of the judgment: "... the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State"), disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf

II. PREMISA DE BASE: LA LEY 52/2007 Y EL DERECHO A INTERPONER UN RECURSO EFECTIVO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Como consideración general, ha de recordarse que en caso de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, el Derecho Internacional obliga al Estado a investigar los hechos ocurridos con la finalidad de revelar la verdad sobre ellos y las circunstancias en las cuales se cometieron; identificar, procesar y sancionar a los responsables (si fuera posible) y reparar a las víctimas¹³. La obligación de investigar consiste pues en una obligación jurídica y comporta la obligación de llevar ante la justicia y sancionar a los responsables, lo cual comprende el necesario ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado¹⁴. Por su parte, la realización del derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a conocer la verdad exige la existencia de un proceso judicial. Obtener la verdad sobre los crímenes es la única forma para que los familiares de las víctimas directas averigüen qué les ocurrió a sus seres queridos, y en su caso, conocer su paradero¹⁵.

¹³ Pues supone que el Estado ha incumplido con su deber de respetar los derechos humanos, es decir, abstenerse de violar, limitar e interferir en el ejercicio de tales derechos debiendo asimismo asegurar, mediante las medidas necesarias, el disfrute de los mismos. Por eso, toda vez que una violación se hubiera cometido, el Estado está obligado a tomar las medidas adecuadas e idóneas, incluso debiendo remover los obstáculos (físicos o jurídicos) existentes para investigar (seriamente y con los medios a su alcance) las violaciones de derechos humanos. En cuanto a la obligación de investigar, véase COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, decisión de 19 de julio de 1994, Comunicación nº 322/1988, Caso *Hugo Rodríguez* (Uruguay), Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12 (3); decisión de 13 de noviembre de 1995, Comunicación nº 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista* (Colombia), párrafo 8(2) y (6), Doc. CCPR/C/55/D/563/1993, Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación nº 612/1995, Caso *José Vicente Villafañe Chaparro y otros* (Colombia), párrs. 8(2) y (8), doc. CCPR/C/60/D/612/1995), la obligación de identificar, procesar y sancionar a los responsables (ver Resolución 49/193, de 23 de diciembre de 1994; resolución 51/94, de 12 de diciembre de 1996; resolución 53/150, de 9 de diciembre de 1998; resolución 55/111, de 4 de diciembre de 2001). En cuanto a la obligación de brindar un recurso efectivo, véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3, la naturaleza del recurso está en función tanto de la naturaleza del derecho violado como del carácter efectivo del recurso), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (artículo 14), la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 8.1), y la Decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 2000, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación nº 778/1997, Caso *Coronel et al* (Colombia), Doc. CCPR/C/70/D/778/1997, párrafo 6(4).

¹⁴ Por ejemplo, la Asamblea General de Naciones Unidas ha recordado reiteradamente la obligación internacional de procesar judicialmente y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos (ver, por ejemplo, Resolución 49/193, de 23 de diciembre de 1994; resolución 51/94, de 12 de diciembre de 1996; resolución 53/150, de 9 de diciembre de 1998; resolución 55/111, de 4 de diciembre de 2001). El Comité contra la Tortura ha recordado igualmente que la obligación de castigar a los responsables de actos de tortura era ya exigible antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes toda vez que “existía una norma general de derecho internacional que obliga a los Estados a tomar medidas eficaces (...) para castigar su práctica” (Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina), de 23 de noviembre de 1989, párrafo 7(2), Doc. A/45/44, 1990).

¹⁵ V. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “*Study on the Right to the Truth*”, Doc. E/CN.4/2006/91, de 8 de febrero de 2006. Asimismo, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 2005/66, *Right to the Truth*, 20 de abril de 2005.

El derecho a la verdad no se encuentra recogido expresamente en la Constitución española pero se deduce de varios de los derechos fundamentales, entre ellos el “derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales” previsto en su artículo 24. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos¹⁶, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias¹⁷ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸ han acudido al derecho a la verdad para reafirmar otros derechos humanos, como el derecho de acceso a justicia, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a obtener una reparación justa y adecuada. El correspondiente internacional del artículo 24 de nuestra Constitución se encuentra en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ratificado por España el 27 de abril de 1977¹⁹. Precisamente, el Comité de Derechos Humanos, establecido para velar por la correcta interpretación y aplicación del Pacto, ha podido perfilar y alumbrar el sentido y el alcance del derecho a un recurso efectivo en su Observación General 31²⁰, lo que por mandato constitucional (*ex art. 10.2 de la Constitución española*) condiciona necesariamente la interpretación que quiera acordarse al derecho a obtener la tutela efectiva

¹⁶ En cuanto a la obligación de investigar, véase COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, decisión de 19 de julio de 1994, Comunicación n^o 322/1988, Caso *Hugo Rodríguez* (Uruguay), Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12 (3); decisión de 13 de noviembre de 1995, Comunicación n^o 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista* (Colombia), párrafo 8(2) y (6), Doc. CCPR/C/55/D/563/1993; decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación n^o 612/1995, Caso *José Vicente Villafañe Chaparro y otros* (Colombia), párrs. 8(2) y (8), doc. CCPR/C/60/D/612/1995). En cuanto a la obligación de brindar un recurso efectivo, Decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 2000, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación n^o 778/1997, Caso *Coronel et al* (Colombia), Doc. CCPR/C/70/D/778/1997, párrafo 6(4).

¹⁷ Doc. ONU E/CN.4/1492, 31 de diciembre de 1981, párrafo 5.

¹⁸ Caso *Velásquez Rodríguez* “[la obligación de investigar] debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad” (párrafo 177) y “el deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.” (párrafo 181) (subrayado nuestro).

¹⁹ El principio de que toda violación a un derecho humano genera al Estado la obligación de proveer y garantizar un recurso efectivo está reafirmado igualmente en otros instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. V. el artículo 13 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Igualmente, cabe destacar la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículos 9 y 13) y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (Principios 4 y 16).

²⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Observación General n^o 31 (La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto) adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 80^a Período de sesiones, el 29 de marzo de 2004. Su texto íntegro figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, doc. HRI/GEN/1/Rev.8, 8 de mayo de 2006, páginas 270-275.

de los jueces y tribunales (art. 24 de la Constitución). Así, y en lo que ahora ocupa, conviene recordar que, en palabras del Comité:

“Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. **Todos los poderes del Estado** (ejecutivo, legislativo y **judicial**) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, **están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte** (...). Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, **el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado.** (...) Cuando existan incompatibilidades entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el **derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto.** (...) El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de **que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato.** La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado”²¹.

Desde esta premisa, ha de destacarse también que el Comité, al encarar el derecho a un recurso efectivo *per se*, lo hace desde la perspectiva de las víctimas de las violaciones de los derechos protegidos por el PIDCP. En este sentido, concluye que:

“**El párrafo 3 del artículo 2 exige que**, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, **los Estados Partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces** para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada **para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas**, con inclusión en particular de los niños. El Comité atribuye importancia al **establecimiento por los Estados Partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados** para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno. **El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto**, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, **o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional**”²²

En este orden de ideas y dada su importancia y reconocimiento universal, llamamos también la atención sobre la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, que aprobó por consenso (sin votación) los llamados “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, señalando que:

“**la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma el derecho internacional en la materia.**”
(...)

²¹ *Ibíd.*, párrafos 4, 13 y 14.

²² *Ibíd.*, párrafo 15.

los Principios y directrices básicos que figuran en el presente documento **no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario**, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido...”

Y recomendando a los Estados que:

“tengan en cuenta los Principios y directrices básicos, promuevan el respeto de los mismos y los señalen a la atención de los miembros de los órganos ejecutivos de gobierno, en particular los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las fuerzas militares y de seguridad, los órganos legislativos, el poder judicial, las víctimas y sus representantes, los defensores y abogados de derechos humanos, los medios de comunicación y el público en general.”

Los Principios reflejan, pues, sin duda un *acuerdo universal sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación*, como parte del derecho a un recurso efectivo, lo que tiene pertinencia destacar en referencia a atrocidades que se produjeron en España y en otros Estados, suscitando cuestiones difíciles y complejas de abordar con la técnica jurídica. Así, a la luz de la resolución de la Asamblea General, España ha de:

“respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en... a) Los tratados en los que un Estado sea parte; b) El derecho internacional consuetudinario; c) El derecho interno de cada Estado” (directriz 1).

De manera más expresa, se dice con toda claridad (directriz 3) que:

“3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

(...) b) **Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial** y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

c) **Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia...**, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y

d) **Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación...”**

Las directrices 8 y 9 identifican la noción de víctima incorporando a quienes padecieron detención ilegal o arbitraria, ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias, desaparición forzada o involuntaria, persecución, humillaciones, procesos injustos, ilegales y sumarísimos, deportación, exilio, internamientos y trabajos forzados, estigmatización, y confiscación de propiedades y bienes; pero también sus descendientes o familiares. Todas ellas son, en efecto **víctimas**:

“(…) se entenderá por víctima a **toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario.** Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a **la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa** y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

9. Una persona será considerada víctima **con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado** y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.

Como víctimas, poseen los derechos que las directrices 10 y 11 refieren:

“10. Las víctimas deben **ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos**, y han de adoptarse las medidas apropiadas para **garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias.** El Estado debe **velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.**

11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional:

- a) **Acceso igual y efectivo a la justicia;**
- b) **Reparación adecuada, efectiva y rápida** del daño sufrido;
- c) **Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.”**

De este modo, y en tanto expresan un acuerdo o consenso universal en la materia, los Principios y Directrices aprobados sin oposición por la Asamblea General deben también contribuir a esclarecer y orientar el sentido de las normas internas españolas, disipando las dudas que se susciten y desplegando iguales efectos interpretativos a los indicados por el artículo 10.2 de la Constitución.

Asimismo, conviene recordar brevemente que la negación del derecho a la verdad podrá suponer la violación de otros derechos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el hecho de que un Estado omita realizar una investigación eficaz “destinada a aclarar el paradero y la suerte” de “personas desaparecidas en circunstancias que ponen en riesgo la vida” constituye una violación persistente de su obligación procesal de proteger el derecho a la vida (artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)²³. El mismo Tribunal también ha afirmado que

²³ Sentencia del 10 de mayo de 2001, *Cyprus v. Turkey*, solicitud n.º 25781/94, párrafo 136; también, entre otros, sentencia del 18-12-1996, *Aksoy v. Turkey*, solicitud n.º 21987/93; y sentencia del 28 de marzo de 2000, *Kaya v. Turkey*, solicitud n.º 22535/93. Este concepto también se aplica en el caso de

una desaparición forzada viola el artículo 3 del Convenio Europeo en relación a los familiares-víctimas del desaparecido y cuando concurren determinados factores o circunstancias como: el estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como directamente haber intentado obtener información sobre la suerte del desaparecido y, singularmente, la ausencia de reacción y/o respuesta y la actitud consiguiente, de las autoridades estatales competentes ante tales demandas²⁴.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a saber como una forma de poner fin y prevenir la tortura psicológica (artículo 7 del PIDCP) padecida por los familiares de las víctimas de desaparición forzada²⁵ o ejecuciones sumarias o extrajudiciales²⁶. También en los “casos de Srebrenica”, la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina fundamentó el derecho de los familiares a conocer la verdad sobre la suerte y el paradero de los aproximadamente 7.500 hombres y muchachos, (a) en el derecho a no ser sometido a tortura o malos tratos (porque el hecho de no saber la verdad equivale a una violación del artículo 3)²⁷; (b) en el derecho a la vida de familia (porque, cuando el Estado posee o controla información y, arbitrariamente y sin justificación, se niega a ponerla en conocimiento de los familiares, no está protegiendo ese derecho)²⁸; y (c) en el deber del Estado de realizar investigaciones efectivas²⁹ (que también se vinculaba a una violación del artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales).

La propia 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, **determina con claridad que los derechos y previsiones contenidas en la ley son plenamente compatibles con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia, conforme a las normas internas y los convenios internacionales suscritos por España**³⁰.

Estados que no son partes: *Tanrikulu v. Turkey*, 1999-IV, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 459 (1999); y *Caso Luluyev v. Rusia*, de 9 de noviembre de 2006.

²⁴ Véase, por ejemplo, Sentencia de 21 de enero de 2008, *Osmanoğlu v. Turquía*, solicitud nº 48804/99, párrafos 93-99, en especial 96-97.

²⁵ V. la declaración del Sr Bertil Wennergren, miembro del Comité de Derechos Humanos en su voto particular en los casos R. A. V. N. et al. (Argentina), comunicación Nos. 343, 344 y 345/1988, Decisión sobre la admisibilidad de 26 de marzo de 1990, UN Doc. CCPR/C/38/D/343/1988 (Apéndice); S. E. (Argentina), comunicación No. 275/1988, Decisión sobre admisibilidad de 26 de marzo de 1990, UN Doc. CCPR/C/38/D/275/1988 (Apéndice); ver, inter alia: Opiniones de 16 de julio de 2003, caso Sarma (Sri Lanka), Comunicación No 950/2000, UN Doc. CCPR/C/77/D/887/1999, párrafo 9.5; “Observaciones finales” del Comité de Derechos Humanos: Argelia”, UN Doc. CCPR/C/79/Add.95, de 18 de agosto de 1998, párrafo 10; y “Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay”, UN Doc. CCPR/C/79/Add.90, de 8 de abril 1998, párrafo C.

²⁶ Opiniones de 3 de abril de 2003, Caso Lyashkevich v. Belarus, Comunicación No 887/1999, UN Doc. CCPR/C/77/D/950/2000, párrafo 9.2.

²⁷ *Decision on Admissibility and Merits of 7 March 2003*, “Srebrenica Cases”, caso n.º CH/01/8365 y otros, párrafo 220 (4); v. también párrafo 191.

²⁸ *Ibid.*, párrafos 181 y 220(3).

²⁹ *Decision on Admissibility and Merits of 11 January 2001*, *Palic v. Republika Srpska*, Caso n.º CH/99/3196; *Decision on Admissibility and Merits of 9 November 2001*, *Unkovic v. Federation of Bosnia and Herzegovina*, Caso n.º CH/99/2150.

³⁰ BOE de 27 de diciembre de 2007. Ver artículo 4.1 y Disposición Adicional Segunda.

En atención a las consideraciones que preceden, difícilmente puede admitirse la conclusión a la que llega en su Auto el Magistrado Instructor cuando, refiriéndose a la decisión de abrir una investigación judicial, afirma que “el Magistrado querellado actuó con la finalidad de eludir la decisión del legislador”³¹. Más bien lo contrario, puesto que semejante aseveración hace caso omiso de la “decisión del legislador”, que en este punto viene a responder, de forma correcta, a una amplia jurisprudencia internacional que determina que, en el caso de graves violaciones a los derechos humanos que constituyan una infracción penal, la naturaleza del recurso efectivo debe ser esencialmente judicial³².

A este mismo respecto, la interpretación de los requisitos de admisibilidad de las acciones en el sentido que más favorece el derecho de acceso a la jurisdicción y, por tanto, la tutela judicial efectiva —máxime cuando se han cometido “horrendos crímenes” (según reza el Auto)— no merece reproche penal alguno y constituye una actuación respetuosa y conforme con el Derecho Internacional obligatorio para España. El Auto no solamente no acierta en reconocer este principio de sólido arraigo en Derecho Internacional, sino que va mucho más lejos y vierte una crítica emocional sobre la actuación del Magistrado querellado, al sugerir que pudo obrar movido por “móviles altruistas, como el encomiable deseo de paliar el sufrimiento de las víctimas de los horrendos crímenes”³³, cosa que es de muy difícil aceptación en Derecho. Además, en el Auto no se examina ni considera que una actuación de un tribunal contraria a la obligación de investigar constituye una denegación de justicia y viola, por tanto, las obligaciones internacionales del Estado. Causa también enorme preocupación que el Auto en cierta medida apunte a que una decisión del Magistrado querellado que es conforme al Derecho Internacional no le exime de “la eventual responsabilidad penal en que pudiera haber (...) incurrido”³⁴.

En este último sentido, y como consideración final, es pertinente recordar aquí que, en un caso donde se había alegado la violación de un derecho fundamental de orden procesal, el Tribunal Constitucional de Perú afirmó que:

“toda pretensión que cuestione la regularidad de un proceso judicial requiere (...) [se] expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la controversia era de notoria trascendencia nacional y, por tanto, de alcances que trascendían el caso concreto (...) después de reconocerse que el Estado peruano, había “(...) omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y

³¹ Auto de 3 de febrero de 2010, página 54.

³² Entre muchas otras, véase COMITÉ DE DERECHO HUMANOS: Decisión de 13 noviembre de 1995, Comunicación N° 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista* (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/55/D/563/1993, párrafo 8,2. Igualmente ver la Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación N° 612/1995, Caso *José Vicente y Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres* (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/60/D/612/1995, párrafo 8,2; Decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 2000, Comunicación N° 778/1997, Caso *Coronel et al* (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/70/D/778/1997, párrafo 6.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por su parte, ha considerado que “la noción de “recurso efectivo” implica [...] investigaciones profundas y efectivas destinadas a la identificación y castigo de los responsables y conlleva el acceso efectivo del quejoso a un procedimiento de investigación”. TEDH, Sentencia (preliminares) de 18 de diciembre de 1996, en el caso *Aksoy c. Turquía*.

³³ Auto de 3 de febrero de 2010, página 54.

³⁴ Auto de 3 de febrero de 2010, página 54.

de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas (...) la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados (...) **no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las leyes de amnistía (...)** sino también **toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre los cuales se encuentran resoluciones de sobreseimiento definitivo** como las que se dictaron a favor de los recurrentes”³⁵

El mismo Tribunal estimó que:

“(…) dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste [el órgano jurisdiccional] goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos (...) por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas,, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos”³⁶

III. EXAMEN DE LOS ASPECTOS CLAVE DEL AUTO DE 3 DE FEBRERO DE 2010 DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

III.1 LA LEY DE AMNISTÍA DE 15 DE OCTUBRE DE 1977.

En líneas generales, entendemos que en el Auto de 3 de febrero de 2010 se critica al Magistrado querrellado por su supuesto desconocimiento de los instrumentos internacionales, al citar incorrectamente determinadas disposiciones. Además, la interpretación que el Magistrado-querrellado hace de la amnistía encuentra en el Auto, en varias ocasiones, el reproche de “inexcusable ignorancia jurídica”³⁷. Para justificar lo referido, los concretos argumentos que, sobre este particular, utiliza el Auto giran en torno a tres postulados básicos: (A) El carácter “democrático” de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 (B) La disposición del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 y (C) la Ley de Amnistía de 1977 y el Derecho Internacional aplicable: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A) El carácter “democrático” de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977

Para resumir esta primera línea argumental, puede acudirse al siguiente extracto del Auto de 3 de febrero:

“Es significativo, y seguramente exigía una mayor cautela en ese enjuiciamiento moral, recordar que la Ley 46/1977 no solamente fue aprobada por las mismas Cortes que elaboraron la Constitución democrática, sino que obtuvo el respaldo de prácticamente todas las fuerzas

³⁵ EXP. N° 4587-2004-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2005.

³⁶ EXP. N° 1417-2005-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Julio de 2008.

³⁷ Auto de 3 de febrero de 2010, página 41.

democráticas presentes en el Parlamento en ese momento. La iniciativa legislativa la adoptaron los grupos parlamentarios de UCD, Socialista, Comunista, Minoría Vasco-Catalana, mixto y Socialista de Cataluña. Solamente votó en contra el grupo Alianza Popular y otros dos diputados. Y, desde luego, solamente desde una ignorancia jurídicamente inexcusable cabe equiparar la amnistía allí decidida con cualquiera de los supuestos de amnistía unilaterales o *autoamnistías* a las que suelen referirse aquellos instrumentos internacionales y las decisiones de órganos de esa naturaleza, en especial los de corte político, tan profusa como poco atinadamente citados por el querellado en su resolución”³⁸

En realidad, semejante toma de posición concurre con la adoptada en el Recurso de 20 octubre de 2008 del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, en el que se decía lo que sigue:

“No debe olvidarse, por último, para quienes cuestionan la vigencia de la ley de Amnistía mediante su equiparación a las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” promulgadas en la República Argentina en 1986 y 1987 durante el Gobierno “Alfonsín”, o a otras normas de similar naturaleza adoptadas en otros países como Chile o Perú, claramente ilegales a juicio de la Corte Interamericana de derechos Humanos- que mientras éstas últimas pueden ser calificadas abiertamente como “leyes de impunidad”, al haber sido dictadas -y en gran medida impuestas bajo la amenaza de golpe militar- con la finalidad de evitar la persecución penal por los gravísimos crímenes perpetrados por los aparatos del Estado durante la Dictadura militar del período 1976-1983 y eximir de responsabilidad a sus partícipes, la ley de Amnistía fue, en todo su proceso de gestación y aprobación, una exigencia de las fuerzas políticas democráticas, ampliamente respaldada por la sociedad española, y aprobada por las Cortes nacidas de las primeras elecciones democráticas celebradas el 15 de Junio de 1977, las mismas Cámaras parlamentarias que redactaron y aprobaron la Constitución de 1978. Resultaría, pues, un absoluto disparate jurídico cuestionar la legitimidad de origen de esa norma y, lo que es peor, atribuirle el estigma de “ley de impunidad”³⁹

Resulta jurídicamente insostenible afirmar que, para examinar la adecuación de una medida legislativa con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado, el parámetro de análisis pertinente haya de ser la naturaleza del órgano que la hubiera aprobado o el mayor o menor respaldo político que tal medida hubiera podido obtener. Aceptar este planteamiento supondría tanto como negar la misma existencia del Derecho Internacional. En otras palabras, supondría desconocer por completo las reglas básicas de nuestro ordenamiento jurídico y menoscabar nuestras obligaciones internacionales, pues equivale a sostener que cualquier medida legislativa aprobada por un Parlamento democrático, siempre sería internacionalmente “lícita”, aunque su contenido incurriera en contradicción flagrante con las obligaciones internacionales del Estado. Resulta evidente que semejante línea de pensamiento es a todas luces jurídicamente indefendible e inaceptable.

En ese sentido, baste recordar, entre otros muchos ejemplos, el de la ley de amnistía uruguaya (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado), no sólo aprobada por el legislador al uso, sino incluso por referendo popular; lo que, como es lógico, no obstó para que, entre otros, el Comité de Derechos Humanos expresara:

“(…) su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados partes en

³⁸ Auto de 3 de febrero de 2010, páginas 41-42.

³⁹ Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2008, página 34.

virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas”⁴⁰.

En igual sentido se expresa la Observación General del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, relativa al contenido del artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (prohibición de la amnistía o medida análoga), donde se concluye —con rotundidad y sin margen para la duda— que:

“Se considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos:

- a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, como prevén los artículos 4, 13, 14 y 16 de la Declaración; (...)
- b) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes (...).⁴¹

Finalmente, para el caso de España, conviene evocar recientes pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura. En sus Observaciones finales relativas al quinto informe periódico de España, el primero incluyó **los principales motivos de preocupación “el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977”, y estimó que España debería “considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977”**⁴². Posteriormente, el Comité contra la Tortura tuvo oportunidad de recordar a España que, “en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción” por lo que España **“debería asegurar que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía”**⁴³.

⁴⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de derechos Humanos: Uruguay”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párrafo 1. Véase igualmente, la anterior decisión en el “Caso Hugo Rodríguez, (Uruguay)”, Comunicación No. 322/1988, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994.

⁴¹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: Observación General del artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, párrafo 2.

⁴² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos humanos al quinto informe periódico de España”, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párrafo 9.

⁴³ COMITÉ CONTRA LA TORTURA: “Observaciones finales del Comité contra la Tortura al quinto informe periódico de España”, CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009, párrafo 21.

B) La disposición del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949

El Auto de 3 de febrero de 2010 realiza en este punto una argumentación que pretende apoyarse en la mención del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, a partir del cual, concluye que:

“Su artículo 6 se proclama aplicable al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado. Que es exactamente el caso de los hechos objeto del proceso incoado por el querellado. En el mismo además de proclamar la subsistencia de principios del proceso penal democrático, concluye en su apartado 5: A la cesación de las hostilidades, las Autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”⁴⁴

Ahora bien, conviene interpretar adecuadamente esta previsión para no llegar a conclusiones erróneas. Así, lo establecido en el Protocolo II ha de leerse en conjunción con los artículos de los Convenios de Ginebra que exigen la imposición de sanciones penales adecuadas para las infracciones graves de los Convenios, y no la exoneración a sí mismos de las responsabilidades en que se haya incurrido como consecuencia de ellas. De este modo, y en virtud del mismo concepto de unidad del Derecho Internacional, no cabe sostener que una norma permita aquello que las disposiciones especiales de Derecho Internacional prohíben; siendo, por tanto, la conclusión a extraer la necesidad de distinguir entre infracciones graves y otras violaciones relacionadas con el conflicto, resultando que es sobre estas últimas que se aconseja no penalizar a los combatientes, en su caso⁴⁵. Dicho de otro modo, como un aparente intento de estimular la consecución de la paz, esta “invitación” a conceder amnistías a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado, tras el cese de las hostilidades, debe entenderse referida a aquellos sujetos que, habiendo participado en el conflicto, no han cometido ninguna infracción grave. Es, pues, un supuesto que se aleja obvia y considerablemente de lo que el Auto sostiene.

Además, lo que realmente contempla el art. 6 del Protocolo adicional II es la concesión de amnistías por las autoridades (no a sí mismas) sino a quienes “hayan tomado parte en el conflicto armado”. Por consecuencia, no cabe admitir: a) la aplicación de la previsión a quienes no participaron en el conflicto armado y han cometido gravísimos crímenes contrarios al Derecho Internacional, como tampoco —por lo ya expuesto— a quienes sí participaron pero sin embargo los cometieron; b) amparar en esa disposición la negativa a

⁴⁴ Auto de 3 de febrero de 2010, página 42.

⁴⁵ En este sentido, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N.º. 1/99, Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez, y Carlos Antonio Martínez Romero, El Salvador, caso 10.480”, 24 de enero de 1999, párrafo 111-116, en especial párrafo 115; HADDEN, T. y HARVEY, C.: “El derecho de los conflictos y crisis internos”, en *RICR*, N.º. 833, 1999; NAQVI, Y.: “Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition”, en *RICR*, N.º. 851, 2003, páginas 603-605; ROHT-ARRIAZA, N. y GIBSON, L.: “The Developing Jurisprudence on Amnesty”, en *HRQ*, vol. 20, núm. 4, 1998, páginas 862-866; SALMÓN, E.: “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”, en *RICR*, N.º. 862, junio de 2006, páginas 12-16.

reconocer el derecho de los familiares a conocer la verdad y a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales españoles; como tampoco c) la exclusión, sobre esa misma base, de la obligación del Estado de investigar los hechos ocurridos con la finalidad de revelar la verdad sobre ellos y las circunstancias en las cuales se cometieron y reparar ampliamente a las víctimas.

En apoyo de lo anterior, baste terminar recordando que el Comité Internacional de la Cruz Roja, en su estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario ha afirmado que:

“Cuando se aprobó el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo adicional II, la USSR declaró, en su explicación de voto, que no podía interpretarse la disposición de modo que permitiese a los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, eludir un castigo severo. **El CICR coincide con esa interpretación. Esas amnistías serían también incompatibles con la norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra** en conflictos armados no internacionales (véase la norma 158).”⁴⁶

El voluminoso estudio hace referencia a resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Comisión de Derechos Humanos así como a informes del Secretario General de las Naciones Unidas donde se afirma que las amnistías no pueden abarcar los crímenes de guerra⁴⁷. Se basa además en jurisprudencia internacional que respalda esta idea, así como en los órganos de derechos humanos que han declarado que las amnistías son incompatibles con el deber de los Estados de investigar los delitos en virtud del Derecho Internacional⁴⁸.

⁴⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: “Comentario a la norma 159”, en, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, JEAN-MARIE HENCKAERTS y LOUISE DOSWALD-BECK, Volumen 1; en relación con el comentario a la norma 128 (“debería considerarse la posibilidad de una amnistía, **salvo si están cumpliendo sentencia por un crimen de guerra** (véase la norma 159))”, norma 132 (“las amnistías son una medida adecuada para facilitar el regreso, ya que garantizan que no se incoará ningún procedimiento penal por actos como la insumisión o la desertión, **excluidos los crímenes de guerra y de lesa humanidad** (véase la norma 159))” y norma 158 (ya que “existe suficiente práctica, como se ha señalado más arriba, para establecer la obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario de investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos en conflictos armados no internacionales y juzgar a los sospechosos”).

⁴⁷ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: Res. 1120 y Res. 1315; COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Res. 2002/79; SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona e Informe sobre la protección de los civiles en los conflictos armados.

⁴⁸ Entre muchos otros, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto *Furundzija*, en 1998, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*. Para más datos, véase el apartado siguiente.

C) La Ley de Amnistía de 1977 y el Derecho Internacional aplicable: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En este punto, el Auto se basa esencialmente en que, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido incorporado al ordenamiento jurídico español (artículo 96 de la Constitución) “con *posterioridad a los hechos* a que se refiere la ley de amnistía y que son objeto del proceso incoado por el querrellado, aunque el Pacto sea previo a la ley de amnistía... [e]n consecuencia, cualquiera que sea la opinión política que se mantenga sobre aquella decisión legislativa, mal puede proclamarse la nulidad jurídica de dicha Ley de amnistía en el momento de ser dictada.”⁴⁹

Nótese que, en realidad, el Auto no discute que los artículos 2 e) y f) de la Ley de Amnistía de 1977 sean difícilmente compatibles con el artículo 2.3 a) del PIDCP. Tan sólo afirma que las obligaciones contenidas en este Pacto, aceptadas por España antes de aprobar la Ley de Amnistía, no pueden ser aplicadas a los hechos que interesan. Ciertamente, sí aparece alguna mención a la naturaleza de los recursos que impone el artículo 2.3; pero sobre esta cuestión de la licitud internacional de leyes de amnistía como la española, baste recordar, entre muchos otros ejemplos⁵⁰, la propia opinión del Comité de Derechos Humanos:

“Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del

⁴⁹ Auto de 3 de febrero de 2010, página 42.

⁵⁰ Véanse, a modo de ejemplo, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Senegal”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.10, 28 de diciembre de 1992, párrafo 5; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Níger”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.17, 29 de abril de 1993, párrafo 7; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.80, mayo de 1997, párrafo 12; “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Congo: Congo”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.118, 27 de marzo de 2000, párrafo 12; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República de Croacia”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/71/HRV, 4 de abril de 2001, párrafo 11. En el ámbito iberoamericano, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párrafo 10. Véase, igualmente, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párrafo 9; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.67, 8 de noviembre de 1996, párrafo 9; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párrafo 1. Véase igualmente, la anterior decisión en el “Caso Hugo Rodríguez, (Uruguay)”, Comunicación No. 322/1988, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párrafo 7; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párrafo 6.

derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible.”⁵¹

La confusión de base de los argumentos que en el Auto se utilizan en este punto es la asimilación automática y completa del modo en que el Comité de Derechos Humanos ha interpretado su competencia temporal, de conformidad con el Protocolo Adicional Primero al Pacto, y la regla que ha de regir la interpretación y aplicación general de un tratado internacional⁵². Así, el Auto se acoge sustancialmente a una decisión del Comité de hace cerca de dos décadas, en la que, ciertamente, se declaró incompetente para examinar una comunicación individual relativa a la Ley 23.521 de Argentina. Pero esto no ha impedido que el mismo Comité, actuando en el ámbito de otra de sus competencias, declarase precisamente sobre esa misma medida legislativa que:

“El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente, incluyendo niños. El Comité expresa su preocupación de que el indulto como así también las amnistías generales puedan promover una atmósfera de impunidad por parte de los perpetradores de violaciones de derechos humanos provenientes de las Fuerzas de Seguridad. El Comité expresa su posición de que el respeto de los derechos humanos podría verse debilitado por la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos.”⁵³

Es decir: una cosa es que el Comité de Derechos Humanos (órgano de control establecido en virtud del Pacto) carezca de competencia *ratione temporis* para conocer y sustanciar una queja o reclamación individual interpuesta por un particular contra un Estado (Parte en el Pacto y en su primer Protocolo facultativo) porque los hechos tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Protocolo facultativo para el Estado denunciado. Otra, bien distinta, es que la Ley que favorece la impunidad (la amnistía) sea, por lo mismo y de manera automática, conforme al Derecho Internacional.

⁵¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General No. 20 sobre el artículo 7”, 44º período de sesiones del Comité de Derechos Humanos (1992), en Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/47/40), anexo VI.A, 10 de marzo de 1992, párrafo 15.

⁵² Esto es, en virtud del Primer Protocolo Facultativo del Pacto, el Comité tiene competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados Partes. Por otro lado, están lo que se denominan “observaciones finales” con las que el Comité concluye el examen crítico de los informes periódicos que todos los Estados Partes deben presentar periódicamente al Comité para dar cuenta de “las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y (...) el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos” (art. 40 del Pacto). Además de los ejemplos que se citarán a continuación, recuérdese también lo ya recogido en la nota 42.

⁵³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párrafo 10. Véase, igualmente, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párrafo 9.

En este mismo orden de ideas, el Comité contra la Tortura, en relación a lo acaecido en Argentina, pese a admitir su falta de competencia *ratione temporis*, manifestó:

“... con preocupación que fue la autoridad democráticamente elegida y posterior al gobierno militar la que promulgó las leyes de “Punto Final” y de “Obediencia Debida”, esta última después de que el Estado hubiese ratificado la Convención contra la Tortura y sólo dieciocho días antes de que esta Convención entrara en vigor. El Comité considera que esto es incompatible con el espíritu y los propósitos de la Convención. El Comité observa asimismo que de esta manera quedan sin castigo muchas personas que perpetraron actos de tortura, igual que los treinta y nueve oficiales militares de rango superior a los que el presidente de la Argentina perdonó por decreto de 6 de octubre de 1989 (...). El Comité insta al Estado Parte a no dejar a las víctimas de la tortura y a las personas a su cargo sin reparación alguna...”⁵⁴.

Reiteramos, por lo expuesto, que un asunto es que un órgano determinado entienda que la competencia que le han conferido los Estados no le permite examinar un caso o situación particular y otro, muy diferente, que una medida legislativa u otra contravenga una obligación internacional aceptada por un Estado y que deriva de tratados internacionales de derechos humanos (por ejemplo, el PIDCP y la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas) que son obligatorios para él. Además, si bien es verdad que el Comité de Derechos Humanos ha interpretado de manera restrictiva su competencia temporal relativa a las comunicaciones individuales, es a todas luces injustificable inferir de ahí que una decisión de un juez nacional que realice otra interpretación constituye una actuación prevaricadora.

Dicho de otro modo, el Derecho Internacional no prohíbe a un juez de un Estado Parte aplicar el PIDCP a los efectos de reconocer a las víctimas de gravísimos crímenes internacionales perpetrados en el pasado, o a sus familiares, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a una reparación justa y adecuada. Muy al contrario, en el ya referido artículo 2.3 del Pacto —relativo al derecho a interponer un recurso efectivo— España como Estado Parte se comprometió a “garantizar que... b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial”. Y esto es lo que, precisamente, ha hecho el Magistrado querrellado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

En este orden de ideas, y a modo ejemplificativo de lo anterior, baste recordar la reciente sentencia en el caso de Alvarez Armellino y Larcebeau Aguirregaray, en la que se concluyó, en lo que ahora interesa, que:

“En algunas oportunidades, los Estados argumentan que la derogación y anulación de una ley de amnistía para los autores de graves violaciones a los derechos humanos vulnera el principio de no retroactividad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tópico en una decisión sobre la ley de amnistía en Chile. El Estado chileno afirmó, en el trámite del proceso internacional, que la derogatoria del Decreto Ley de amnistía no surtiría efectos contra los responsables de las violaciones debido al principio de la irretroactividad de la ley penal contemplado en el art. 9 de la Convención Americana sobre

⁵⁴ COMITÉ CONTRA LA TORTURA: “Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina)”, 23 de noviembre de 1989, Suplemento NE 44 (A/45/44), 1990, párrafo 9.

Derecho Humanos y el art. 19 de la Constitución de Chile. Al respecto, la Comisión Interamericana precisó que: "El principio de irretroactividad de la ley que consiste en que nadie puede ser condenado retroactivamente por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable, no podría ser invocado por los amnistiados por cuanto al momento de cometerse los hechos imputados se hallaban tipificados y penados por la ley chilena vigente".

(...)

La Corte constantemente en sus sentencias de reparaciones ha reiterado lo ya señalado en sus sentencias de fondo en cuanto al deber que tienen los Estados de investigar a todos los responsables y sancionarlos. Asimismo, ha indicado que los Estados deben garantizar que los procesos surtan efecto y deben abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad penal."⁵⁵

A mayor abundamiento, resulta importante destacar también que, con todo, en el seno del mismo Comité de Derechos Humanos, no existe una posición indiscutida y unánime, como bien lo demuestra la reciente decisión en el caso Cifuentes Elgueta vs. Chile, en la que se incluyó una Opinión Disidente de los miembros del Comité, Helen Keller y Fabián Salvioli. Por ser especialmente pertinente en lo que ahora interesa, procederemos a reproducir sus argumentos fundamentales:

"La desaparición forzada constituye una violación radical de varios derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A tal fin cabe comprender, asimismo, la complejidad jurídica que un caso de desaparición forzada, un crimen continuado por definición, presenta en el plano temporal a una jurisdicción internacional como la del Comité de Derechos Humanos.

13.- Consideramos (...) que el Comité sería competente para entender en los hechos que hacen a la desaparición forzada en sí misma en cuanto constituyan violaciones al Pacto (partiendo de la privación ilegítima de la libertad); en ese sentido, caben examinar posibles violaciones del artículo 2.3 conjuntamente con los artículos 6, 7, 9, 10, 16, e incluso con el artículo 23 párrafo 1.

14.- También entendemos que (...) el Comité podría haber considerado posibles violaciones cuyo principio de ejecución ocurrieron con posterioridad a la adhesión de Chile al Protocolo. Tal es el caso de la violación factible del artículo 2.3.a del Pacto, disposición que establece la obligación para el Estado de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el mismo hayan sido conculcados, pueda interponer un recurso efectivo. (...)

18.- Es evidente que dentro del artículo 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que destaca la posibilidad amplia de interponer un recurso ante autoridades competentes (judicial, administrativa o legislativa o de otro carácter), se consagra asimismo el derecho a una tutela judicial efectiva para hacer frente a violaciones de uno o más derechos contenidos en el instrumento internacional; lo cual se refuerza por la previsión establecida en el artículo 2.3 b), que señala la obligación para la autoridad que reciba aquel pedido de desarrollar las posibilidades del recurso judicial.

19.- El derecho a una tutela judicial efectiva se ha enriquecido con el paso del tiempo, y adquiere una dimensión específica en relación a los derechos que puedan haber sido violados en el Pacto. Cuando las jurisdicciones internacionales comenzaron a entender en materia de desaparición forzada encontraron la dificultad de que los convenios generales (como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros convenios regionales) no abordaban específicamente la situación de la desaparición forzada. Ello no les impidió, sin embargo,

⁵⁵ Sentencia nº 0157, Montevideo, 21 de octubre de 2009, Alvarez Armellino, y Larcebeau Aguirregaray, páginas 200-201, 193.

identificar violaciones de derechos humanos dentro de sus respectivas competencias, tal como lo señala la jurisprudencia constante del Comité de Derechos Humanos en la materia.

20.- Pero el fenómeno de la desaparición forzada de personas, ha generado el nacimiento de nuevos derechos que se han insertado por interpretación evolutiva dentro de los instrumentos generales mencionados; uno de ellos es el “*derecho a la verdad*”. Entendemos que las violaciones masivas o sistemáticas a los derechos fundamentales de la persona humana ofenden a la comunidad internacional en su conjunto, generan obligaciones *erga omnes* y engendran el deber de ***investigar exhaustivamente*** los hechos.

(...)

22.- En consonancia con el avance indicado, resolviendo algunas peticiones individuales que tramitan bajo el procedimiento establecido en el Protocolo I Anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que la autora en un caso, hermana de una persona desaparecida, ***tenía el derecho*** de conocer que había sucedido con su hermana⁵⁶.

23.- ¿Dónde se ubica el “*derecho a la verdad*” dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos? Indudablemente dentro del derecho a un recurso efectivo (art. 2.3. a), leído conjuntamente con la obligación general de respetar y garantizar los derechos contenidos en el Pacto a toda persona sin discriminación alguna (art. 2.1).

24.- El “*derecho a la verdad*” conlleva, bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho de obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes; por ello, el Estado debe ***investigar efectivamente*** los hechos constitutivos de la desaparición forzada, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales.

25.- El Comité ha señalado en el caso Nidia Erika Bautista, que los Estados tienen la obligación de investigar a fondo las violaciones a los derechos humanos y ***juzgar y castigar*** a quienes sean responsables de esas violaciones⁵⁷, siendo ese deber aplicable *a fortiori* de la identificación de los autores. Dicha jurisprudencia se mantuvo en otros asuntos posteriores⁵⁸.

26.- En virtud del derecho individual y social a la verdad, el deber de investigar y juzgar hechos tales como la desaparición forzada, abandona progresivamente su naturaleza de “obligación de medio” y se encuentra en tránsito de constituirse como una “obligación de resultado”. En este aspecto, creemos que deben distinguirse los diferentes componentes de dicha obligación estatal.

27.- La obligación de investigar, implica llevar adelante una investigación exhaustiva, con todos los medios al alcance del Estado, quien debe eliminar todo obstáculo jurídico o de hecho que entorpezca o limite a aquella. De ninguna manera se satisface esta obligación con la toma de medidas formales o acciones de alcance general; el Estado, para cumplir con su deber investigativo, debe garantizar que todas las instituciones públicas brinden las facilidades necesarias al tribunal ordinario que conoce el caso y, en consecuencia, deberán remitirle la información y documentación que les solicite, así como llevar a su presencia a las personas que éste requiera y realizar las diligencias que les ordene en dicho sentido. (...)

28.- La obligación de juzgar a las personas responsables debe cumplirse una vez que las personas presuntamente responsables hayan sido identificadas. El juzgamiento de dichas personas debe efectuarse con el debido respeto a todas las garantías y derechos consignados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

29.- La obligación de dar a conocer el destino de las personas desaparecidas cuando dicha acción es imputable al Estado constituye, a nuestro juicio, una obligación de resultado.

⁵⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Comunicación 107/1981 párrs. 14; *Elena Quinteros* (Uruguay).

⁵⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Caso *Nidia Erika Bautista* (dictamen de 27 de octubre de 1995, Comunicación 563/1993).

⁵⁸ Caso *José Vicente y Amado Villafañe, Luis Napoleón y Angel María Torres Crespo y Antonio Hugues Chaparro* (dictamen de 29 de julio de 1997, Comunicación 612/1994), párrafo 8.8.

Cuando el Estado ha sido responsable, no solamente es inaceptable éticamente sino desde el punto de vista jurídico, que no otorgue a los familiares las respuestas necesarias para procesar el derecho al duelo en caso de que las personas desaparecidas hayan sido ejecutadas extrajudicialmente. Un “*recurso efectivo*” (en los términos del artículo 2.3. a), debe ser entendido como aquel que cumple el propósito para el cual ha sido creado; y en la desaparición forzada de personas un recurso efectivo es aquel que permite averiguar el destino de la víctima. Si el Estado ha sido capaz de “hacer desaparecer” una persona, entonces debe ser capaz de decir cómo lo ha hecho y donde se encuentra actualmente, o donde se encuentran sus restos mortales.

30.- Otra posible violación en este tipo de casos, (...), está dada por los tratos crueles o inhumanos que experimenta una persona familiar de alguien que ha desaparecido en una acción u omisión imputable al Estado, cuando este priva toda información respecto de la suerte corrida por esa persona. En el caso Yurich el Comité tuvo la oportunidad de expresarse sobre dicha argumentación, y lamentablemente el voto de la mayoría no explicó los motivos por los cuales dicha violación alegada no fue desarrollada jurídicamente.

31.- En efecto, la angustia que experimenta alguien ligado afectivamente a la persona desaparecida, por ejemplo un familiar cercano como la madre de aquella, al no conocer el destino de la víctima, constituye salvo prueba en contrario que demuestre la falta de afecto efectiva, una violación al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aún en el caso de la muerte, la familia tiene, y debe serle garantizado por el Estado, que poder realizar su derecho al duelo y así, intentar continuar con su vida de la mejor manera posible en medio de tan trágicas circunstancias.

IV.- Consideraciones finales

32.- La complejidad de un caso de desaparición forzada obliga al Comité de Derechos Humanos a prestar la mayor atención a los tiempos de comisión de las posibles violaciones a los derechos humanos en favor de decidir su competencia. Cabe entender y considerar que hay hechos cuyo “momento de comisión de la violación” pueden darse con posterioridad a la privación de la libertad de la persona, y constituir violaciones autónomas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

33.- La evolución experimentada por el derecho internacional de los derechos humanos se dirige inequívocamente a brindar efectiva justicia para las víctimas de violaciones aberrantes como las desapariciones forzadas. Actualmente se encuentra superada la falsa dicotomía entre verdad y justicia, y en consecuencia los intentos de justicia material efectiva deben ser acompañados de forma clara por parte de los órganos encargados de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos en la medida en que sus competencias lo permiten.

34.- Los crímenes contra la humanidad lesionan al conjunto de la sociedad internacional y son intolerables de acuerdo al derecho internacional actual. La investigación y el castigo de las personas responsables constituyen imperativos éticos que obligan a los Estados a desplegar los máximos esfuerzos para evitar la impunidad y conocer la verdad de los hechos.

35.- Es nuestro deseo de que la jurisprudencia futura del Comité de Derechos Humanos pueda avanzar en la línea destacada en el presente voto disidente, en el entendimiento sincero de que ello no solamente es jurídicamente compatible con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, sino que constituye la interpretación que mejor otorga efecto útil al objeto y fin de dichos instrumentos.”⁵⁹

También ha de recordarse que lo afirmado en el Auto del Magistrado Instructor tampoco responde a una posición común de todos los órganos internacionales que aquí interesan. A este respecto, valga mencionar como ejemplo reciente la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la supuesta falta de competencia *ratione*

⁵⁹ Opinión Disidente de los miembros del Comité Helen Keller y Fabián Salvioli, Comunicación No. 1536 / 2006; Cifuentes Elgueta vs. Chile.

temporis para conocer un caso de desaparición forzada alegada por el Estado parte. Sostenía éste que no existía un instrumento que permitiera imputarle responsabilidad internacional por dicho acto, ya que las obligaciones jurídicas internacionales nacen cuando un Estado se incorpora a un instrumento internacional. Sin embargo, la Corte Interamericana señaló al efecto lo que seguidamente transcribimos y pudiera constituir —caso de seguir el razonamiento empleado en el Auto de 3 de febrero de 2010— una interpretación “manifiestamente contraria a Derecho”:

“... cabe distinguir entre actos instantáneos y actos de carácter continuo o permanente. Éstos últimos “se extiende[n] durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. **Por sus características, una vez entrado en vigor el tratado, aquellos actos continuos o permanentes que persisten después de esa fecha, pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado Parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados.**

Dentro de esta categoría de actos se encuentra la desaparición forzada de personas, cuyo carácter continuo o permanente ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido.

Con base en lo anterior, la Corte considera que la Convención Americana produce efectos vinculantes respecto de un Estado una vez que se obligó al mismo. En el caso de México, al momento en que se adhirió a ella, es decir, el 24 de marzo de 1981, y no antes. De esta manera, de conformidad con el principio de *pacta sunt servanda*, sólo a partir de esa fecha rigen para México las obligaciones del tratado y, en tal virtud, es aplicable a aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, es decir, **a los que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aún después de esa fecha, puesto que ellas se siguen cometiendo. Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.**⁶⁰

D) Conclusión.

A la luz de todo lo anterior, la argumentación a la que se acude en el Auto de 3 de febrero de 2010 para afirmar que la interpretación jurídica defendida por el Magistrado querellado es, en lo referido a la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, “manifiestamente contraria a Derecho”, resulta claramente insostenible en Derecho Internacional.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrs. 22-24.

III.2 LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, INCLUIDA LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

A) Crímenes contra la humanidad e imprescriptibilidad

Sorprende que el Auto no dedique espacio alguno a profundizar si es acertada, o no, la calificación de los hechos examinados como crímenes de lesa humanidad que realiza el Magistrado querrellado. Sin embargo, del tenor del Auto parece extraerse que todos y cada uno de los crímenes objeto de la investigación iniciada por este Magistrado y comprendidos en el período 1936-1952⁶¹, (a) directamente y sin mayor consideración, no pueden caracterizarse como crímenes de lesa humanidad; (b) bien aunque así fuere, tal carácter resultaría jurídicamente irrelevante y (c) bien -y en este caso de manera expresa- aún con ello no puede entenderse bajo ningún concepto que sean crímenes no sujetos a prescripción.

Ciertamente, ha sido y es una cuestión compleja y ampliamente discutida determinar el momento a partir del cual los hoy conocidos como crímenes de lesa humanidad fueron así tipificados en el Derecho Internacional, adquiriendo relevancia plena en el ámbito de la responsabilidad penal individual. También lo es establecer a partir de cuándo se reconoció su imprescriptibilidad. No es el objeto de este Informe presentar de nuevo nuestra visión sobre estos particulares. Pero sí destacar que la legítima defensa de una u otra posición, perfectamente ejemplificada en la doctrina española más reciente⁶², no puede de ningún modo justificar que aquél que defiende una postura diferente a lo que el Auto reputa como “razones... jurídicamente no asumibles”⁶³, esté prevaricando. Es decir, disentir con otra tesis de lo que Auto considera como “interpretación razonable de las normas de nuestro ordenamiento jurídico”⁶⁴ es, en realidad, un mero desacuerdo jurídico; pero no puede considerarse como actuación prevaricadora, lo que es un exceso notorio y sin justificación.

Además, la desaparición forzada de personas constituye un crimen bajo el Derecho Internacional, reconocido como ilícito penal tanto por el Derecho Internacional consuetudinario como el convencional (tratados) y dotado de unas características propias, claramente determinadas⁶⁵. En este orden de ideas, cabe traer a colación aquí las siguientes palabras de la Comisión Internacional de Juristas:

⁶¹ Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Proc. Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional.

⁶² Véase, a modo de ejemplo, las tesis defendidas por las profesoras Margalida Capellá i Roig y Alicia Gil Gil. Cfr. CAPELLÁ I ROIG, M.: *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, así como: “Las “desapariciones forzadas” en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo”, en SOROETA LICERAS, J. (ed): *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. VI, 2006; frente a GIL GIL, A.: *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009.

⁶³ Auto de 3 de febrero de 2010, página 34.

⁶⁴ Auto de 3 de febrero de 2010, página 36.

⁶⁵ Ver al respecto O. DE FROUVILLE, “Les disparitions forcées”, en H. ASCENSIO, E. DECAUX ET A.

“Como delitos internacionales, la incriminación y el régimen de responsabilidad penal de las graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes internacionales, como lo son las desapariciones forzadas, son establecidas por el derecho internacional con independencia de la que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados.”⁶⁶

No obstante, el Auto elude de plano todas estas cuestiones y cualquier enfoque internacional, para sostener sus argumentos básicamente en una consideración muy particular de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*. Reservándonos en este momento nuestro parecer sobre el modo en que el Tribunal Supremo interpretó el principio de legalidad en la sentencia referida, lo que parece difícilmente compartible es la siguiente valoración que el Auto realiza a partir de la citada sentencia:

“extraer la conclusión de que aquel contexto (de crímenes contra la humanidad) autoriza a prescindir de la *prescripción* de la responsabilidad penal por los delitos erigidos en objeto del proceso (...) no solamente se hace al margen de lo que dijimos en la Sentencia de 1 de octubre de 2007, sino de cualquier interpretación razonable de las normas de nuestro ordenamiento jurídico”⁶⁷.

La singular contundencia de este planteamiento es cuanto menos sorprendente, dado que la propia sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*, no deja lugar a dudas sobre la definición y contenido del delito de desaparición forzada⁶⁸. Y, a mayor abundamiento, expresamente el mismo Tribunal Supremo confirma en esta decisión que:

“5. De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta

PELLET, *Droit international pénal*, CEDIN - Paris X, Editions A Pedone, París 2000, página 377 y siguientes; NIGEL RODLEY, *The treatment of prisoners under international law*, Clarendon Press- Oxford, Second Edition, 1999, páginas 266- 269; KAI AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. Ad Hoc, 2º edición, Buenos Aires, 1999, página 113 y siguientes; y *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Ediciones APDH, Buenos Aires 1988. Además de por tribunales internacionales (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso *Procurador c. Zoran Kpreskic et al*, Sentencia de 14 de enero de 2000, IT-95-16-A, párrafo 566), innumerables resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 49/193 de la Asamblea General, adoptada el 23 de diciembre de 1994, resolución 51/94 de 12 de diciembre de 1996 y 53/150 de 9 de diciembre de 1998, entre otras) y la Comisión de Derechos Humanos (Resoluciones 1996/30 de 19 de abril de 1996, 1994/39 de 4 de marzo de 1994 y 1995/38 de 3 de marzo de 1995, entre otras).

⁶⁶ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS: “Amicus Curiae ante la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú sobre la desaparición forzada de Ernesto Castillo Pérez (Recurso de Nulidad: expediente 2779-2006)”, 28 de febrero de 2001, página 6. Asimismo ver GONZALO AGUILAR CAVALLO, G.: *La Desaparición Forzada de Personas: Naturaleza, Fuentes y Jerarquía. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, Estudios constitucionales v.7 n.2, Santiago, 2009.

⁶⁷ Auto de 3 de febrero de 2010, página 36.

⁶⁸ Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJº 6 y 12.

forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de ius cogens. Consiguientemente, tanto las normas de derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos.

(...) Por otro lado, la ley no prohíbe sino que exige que el Tribunal tenga en cuenta la gravedad del hecho para la individualización de la pena, y aunque es necesario acudir a criterios jurídicos adecuados al ordenamiento, no es preciso que la valoración se base en circunstancias expresamente contempladas en la ley. Han de tenerse en cuenta, en este sentido, los bienes jurídicos lesionados y además que los hechos fueron ejecutados amparándose los autores en el poder detentado tras un golpe de Estado; que estaban orientados a asegurar la instauración de un régimen violentamente antidemocrático mediante la eliminación física de la disidencia activa, y que fueron desarrollados en secreto y en situación de clandestinidad. Su carácter delictivo no ofrece dudas, ni pudo ofrecerlas entonces a sus autores. La relevancia de las circunstancias en las que los hechos perseguidos fueron ejecutados tampoco es dudosa ni lo era entonces”.⁶⁹

Pero aun más, tras lo que se acaba de reproducir, lo que literalmente determinó el Tribunal Supremo entonces sobre la cuestión discutida fue que:

“De todos modos, las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal. **No es preciso examinar aquí la cuestión de la prescripción, pues en todo caso no transcurrieron veinte años desde los hechos hasta la querrela o hasta el acuerdo del Juez para citar como imputado al recurrente.**”⁷⁰

De este modo, concluir que cuando el Magistrado-Juez justamente pasó a examinar la cuestión de la prescripción, esto es, vino a analizar aquello sobre lo que el Tribunal Supremo no se pronunció, lo que hizo fue actuar “al margen de lo que dijimos en la Sentencia de 1 de octubre de 2007”, como el Auto pretende, resulta sencillamente insostenible.

Ciertamente, cabe compartir o disentir de los argumentos empleados y la conclusión alcanzada por el Magistrado Garzón, al afirmar la existencia de un “contexto de crímenes contra la humanidad y que son imprescriptibles”⁷¹. Pero insistimos nuevamente en que valorarlos sencillamente como una prueba inequívoca de una actuación prevaricadora, es una afirmación exagerada o desmedida. Máxime cuando el argumento pretendidamente fundamental que esgrime el Auto para demostrar lo erróneo de todo lo que indicó el Magistrado Garzón, es que:

⁶⁹ Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJº 6.

⁷⁰ Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJº 6.

⁷¹ Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Proc. Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional, página 51.

“Tampoco el Derecho Internacional ha establecido de manera unívoca la imprescriptibilidad de tales delitos. No lo hacía en el tiempo de los hechos. Ni lo hace en la actualidad. *La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aprobada el 20 de diciembre del 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, no prohíbe la posible prescripción sino que prevé expresamente su admisión en el Derecho interno de los Estados (artículo 8).”

Dicho en otros términos, en el Auto de 3 de febrero pasado resulta indiscutible que, tanto en el momento de los hechos como en la actualidad, los crímenes contra la humanidad no pueden ser valorados como crímenes imprescriptibles. Pero lo cierto es que, por remitirnos a una causa reciente, en el caso de los SS Totenkopf (campos de concentración nazis) que actualmente se sigue ante la Audiencia Nacional, el juez de instrucción al dictar el Auto de procesamiento el pasado septiembre de 2009 no sólo consideró que los hechos denunciados y ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial “revisten, por ahora, y salvo ulterior calificación, los caracteres de los delitos de genocidio y **lesa humanidad previstos y penados en los arts. 607 y 607 bis del Código Penal**”⁷², sino que, en ningún momento, ni en dicho Auto, ni en el de admisión a trámite, se plantea la cuestión de la prescripción de tales delitos⁷³.

En todo lo caso, lo más relevante es que el único elemento que el Auto contiene para sostener una afirmación de tanto peso es el artículo 8 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Ahora bien, no es el artículo 8, sino el artículo 5, el que contiene la mención pertinente si de crímenes de lesa humanidad se está hablando, puesto que esta disposición prevé que:

“La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”

⁷² Auto de 17 de Septiembre de 2009 del JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION Nº 2, SUMARIO 56/2009-C (D.P. 211/2008), RJ 1º.

⁷³ Quizás porque al considerar que “[l]a categoría de los crímenes contra la humanidad es una categoría preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario (...). El principio de legalidad aplicable a los delitos internacionales tales como los crímenes contra la humanidad no es el interno, sino el internacional contenido del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (...). El CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conducta anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificadas en el CP español (...) El crimen de lesa humanidad (prohibida por norma de *ius cogens*) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal” (auto de 17 de julio de 2008), necesaria y correctamente acepta el principio de derecho internacional (recogido en el derecho internacional consuetudinario y afirmado por el convencional, así como jurisprudencia internacional y nacional) según el cual **toda limitación temporal a la investigación de delitos de lesa humanidad está prohibida**. Por ejemplo, en este sentido ver Artículo 29 del Estatuto de Roma dispone que “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán” y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Papon contra Francia*, App. No. 54210/00, (15 Nov. 2001), p. 21 (“el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad no puede ser sometido a limitaciones de tiempo”).

En consecuencia, la referencia del Auto a la citada Convención no haría sino plantear nuevamente el interesante debate sobre esas “consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable” y, si se quiere, sobre el momento a partir del cual las mismas son predicables. Tampoco debe olvidarse que, cuando ambas cuestiones —es decir, la desaparición forzada como crimen individual, y la desaparición forzada como constitutiva de un crimen contra la humanidad— fueron abordadas en el texto del artículo 16 del Anteproyecto de esa Convención, la posición explicitada entonces fue que:

- “1. La acción penal y la pena derivadas de la desaparición forzada son imprescriptibles, cuando ésta constituya un crimen contra la humanidad de acuerdo con el artículo 3 de la presente Convención.
2. Cuando la desaparición forzada no constituya un crimen contra la humanidad, de acuerdo con el artículo 3 de la presente Convención, el término de prescripción de la acción penal y de la pena derivadas del delito será el más extenso contemplado en la legislación de cada Estado Parte y se contará a partir del momento en que el destino o el paradero de la persona desaparecida hayan sido aclarados con certeza. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sean efectivos, se suspenderá la prescripción hasta que estos recursos recobren efectividad.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para adaptar su legislación a lo establecido en los párrafos anteriores.”⁷⁴

Asimismo, la convicción de que la prohibición, por ejemplo, de actos de genocidio, tortura y desaparición forzada de personas —sobre todo cuando se configuren como crímenes de lesa humanidad— constituyen normas imperativas de Derecho Internacional. Esto explica que el Derecho Internacional prohíba la imposición de limitaciones temporales a la investigación y el enjuiciamiento de los autores, lo cual también se defiende con claridad en la jurisprudencia de tribunales internacionales y nacionales⁷⁵.

En este sentido, y a modo de ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Almonacid Arellano* afirmó que:

⁷⁴ Véase, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1998/WG.1/CRP.2/Rev.2, de 17 de agosto de 1998.

⁷⁵ Por ejemplo, ver Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones; Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobado por la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 3 de diciembre de 1973; Artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) de 24 de agosto de 2004; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2009; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Papon contra Francia*, App. No. 54210/00, de 15 de noviembre de 2001, página 21 (“el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad no puede ser sometido a limitaciones de tiempo”); TEDH, *Caso Kolk y Kislyiy v. Estonia* sobre Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva, Sección 4ª, decisión sobre admisibilidad de 17 de enero de 2006; Sentencia nº 0157, Montevideo, 21 de octubre de 2009, Alvarez Armellino, y Larcebeau Aguirregaray.

"(...) por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa."⁷⁶

También, la Corte Suprema Argentina en el caso Simón, Julio Héctor y otros sobre privación ilegítima de la libertad, sostuvo que:

"[la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968] **no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era ius cogens en función del derecho internacional público consuetudinario**, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extingüía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal."⁷⁷

En definitiva, el Auto de 3 de febrero pasado causa desconcierto en este punto porque no sólo evita o ignora el debate expuesto, sino que lo considera, en realidad, como inimaginable o imposible. Con todo, quizás dicho Auto defiende que, en ninguno de los momentos de todo el período que cubren los crímenes inicialmente investigados por el Magistrado querrellado (1936-1952)⁷⁸, puede predicarse el carácter imprescriptible de –en su caso– los crímenes contra la humanidad, y que, cuando fuere que tal carácter hubiese sido declarado, no podría ser aplicado “retroactivamente”. Frente a semejante planteamiento, como ya hemos indicado, muchos otros defienden justamente lo contrario⁷⁹, sin que por otra parte tampoco pueda afirmarse que el Tribunal Supremo haya determinado de forma tajante una fecha concreta en lo que ahora ocupa. Más aun, las primeras referencias temporales que menciona el Alto Tribunal anteceden desde luego al período acotado por el Magistrado Garzón, en los siguientes términos literales:

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006 (Serie C No. 154), párrafos 152-153.

⁷⁷ CORTE SUPREMA ARGENTINA: Sentencia "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de libertad", sentencia de fecha 14 de junio de 2005, Causa 17.768,, Voto Ministro Raúl Zaffaroni, considerando 27.

⁷⁸ Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Proc. Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º. 5 de la Audiencia Nacional.

⁷⁹ Ver *supra* y en la doctrina española reciente, nota 63.

“Las referencias a estas conductas (hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares) en el Derecho Internacional Penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de derecho interno. **Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Maertens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza.**”⁸⁰

Si lo que hemos recogido como hipótesis fuera la tesis jurídica del Magistrado-Instructor, entonces el Auto debiera haber indicado con claridad los motivos que llevan a tal rotunda conclusión, más allá de la mención errada ya recogida. Debiera haber expresado también por qué tal postura es irrefutable y, sobre todo, por qué la calificación realizada por el Magistrado querrelado constituye una *interpretación irracional del Derecho*. En caso contrario, esa valoración es cuanto menos, jurídicamente injustificable.

B) La desaparición forzada como crimen permanente.

Sobre este particular, en su Auto el Magistrado Instructor sigue la misma línea y adolece de las mismas deficiencias que las advertidas en el apartado anterior. Sin embargo, esta vez el Auto desarrolla algo más los argumentos que vendrían a sostener sus conclusiones. Así, en cuanto al ordenamiento jurídico internacional se indica que:

“La transmutación del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero en el delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad, no solo es jurídicamente inaceptable y ajena a cualquier interpretación usual, sino irrelevante a estos efectos de toma en consideración de la prescripción.

Es jurídicamente inviable porque, prescindiendo de la concurrencia o no de los elementos típicos del artículo 607 bis.2.6º del Código Penal de 1995 en su redacción hoy vigente, como dijimos en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, que el querrelado cita, **en modo alguno puede darse vigencia retroactiva a este tipo penal.**

La asimilación tampoco podría conducir a una eventual imprescriptibilidad que, para delitos de esa naturaleza, se introdujo muy posteriormente en nuestro Código Penal, al dar nueva redacción al artículo 131 del mismo la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, con efectos desde 1 de octubre de 2004.

Y es que las normas sobre prescripción solamente son retroactivas a favor de reo. Y cuando esa modificación entra en vigor, la **prescripción** por los hechos denunciados **ya se habría consumado** (Consulta 6/1955, de 23 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo).

La equiparación de la detención ilegal sin dar razón del paradero con el actual delito del artículo 607 bis. 2.6º -desaparición forzada de personas-, busca, tergiversando las tipificaciones legales, una expansión de la “situación ilícita”. Si el bien jurídico protegido ya no es solamente la libertad del desaparecido, sino el conocimiento de su paradero por los familiares y próximos, podría decirse que, si permanece la ocultación del paradero o de la eventual

⁸⁰ Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJº 6.

liberación a los allegados, la “situación ilícita” subsistiría, aunque el desaparecido fuese libre. Así lo ratificaría el artículo 24 de aquella Convención internacional al definir en el artículo 24 que 1. *A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “víctima” la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.* 2. *Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.*

Precisamente esa **diversidad de bienes jurídicos entre la desaparición forzada de personas y la detención ilegal sin dar razón del paradero** -del Código Penal de 1944 y siguientes- que es más evidente tras la actual redacción del artículo 166 del vigente Código Penal, hace que no sea equiparable al nuevo 607 bis. 2 6º.

Y precisamente por eso no cabe aplicar a aquél el régimen de prescripción en la determinación del día inicial del cómputo de tiempo, solamente explicable desde la consideración de la antijuricidad del nuevo tipo delictivo.”⁸¹

A modo de consideración preliminar, cabe recordar que la desaparición forzada que no reúne los elementos de crimen de lesa humanidad –porque se perpetra de manera esporádica o aislada–⁸² no se halla, en efecto, contemplada aún como tal en el Código Penal español⁸³ Ello explica por qué los tribunales recurren a la figura de derecho interno que más se acerca a la situación de desaparición forzada de personas: el delito ordinario o común de detención ilegal o secuestro sin razón del paradero. Esta aplicación, a todas luces “imperfecta” (que no “inaceptable y ajena”) por vía de la analogía interna (que no “transmutación” o “tergiversación”), no parece muy alejada de la posición que adoptó el Tribunal Supremo en el tan citado caso *Scilingo*. Pero incluso aunque no se compartiera tal interpretación, es incuestionable que España –como cualquier Estado– no tiene la potestad de elegir a su conveniencia cómo definir o tipificar aquellas conductas prohibidas por el Derecho Internacional. Cuanto más (recordemos el principio *pacta sunt servanda*), si se ha comprometido a ello mediante un tratado internacional. Además, la deficiente tipificación de tales conductas —que llevara a los tribunales a concluir la imposibilidad de someter a proceso a una persona— es una omisión o defecto que no puede obstaculizar la persecución

⁸¹ Auto de 3 de febrero de 2010, páginas 38-40.

⁸² Cuando “la detención ilegal” se trata de un delito de lesa humanidad, ver artículo 607.2.7 bis) del Código Penal.

⁸³ España depositó el instrumento de ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el 24 de septiembre de 2009. Si bien la Convención aún no ha entrado en vigor –a falta de dos ratificaciones a día de hoy- de conformidad con el principio básico de buena fe que vincula al Estado español (artículo 26 de la Convención de Viena) y dado que la Convención recoge en gran medida las normas internacionales consuetudinarias en la materia, exige que España dé aplicación a las obligaciones contenidas en dicha Convención. Además, las normas consuetudinarias sobre desaparición forzada de personas (representadas por la Declaración) permanecen absolutamente vigentes y, desde el punto de vista del orden jurídico interno, son de incorporación automática (recordemos el artículo 96.1 de la Constitución). Una definición correcta del delito requerirá que la acción de privación de libertad, cualquiera que sea la forma, sea cometida por agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado; que haya o exista falta de información o negativa a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona; y que ello impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes –es decir, dejar a la persona desaparecida fuera del amparo de la ley; también conlleva la responsabilidad penal de jefes y otros superiores por actos de desaparición así como que en ningún caso puede resultar aplicable la eximente de “obediencia debida” o “cumplimiento del deber”.

de tal conducta. Si tal fuera el caso, se estarían contraviniendo obligaciones convencionales (tratados) de Derecho Internacional⁸⁴, como la obligación de investigar y proporcionar un recurso efectivo prevista en el artículo 2 del PIDCP.

A parte lo anterior, es cuestionable la opinión limitada del Magistrado-Instructor en el correcto entendimiento de la definición de delito permanente o continuado⁸⁵ y de sus consecuencias en lo que ahora interesa. Cuando en el Auto se alude a que la prescripción de los hechos denunciados ya se habría consumado, se obvia de manera evidente que la consumación permanece en el tiempo hasta tanto no se conozca el paradero de la persona o se aclaren los hechos, sin ninguna duda. Esta característica, “inherente a la naturaleza misma de las desapariciones forzadas”⁸⁶, ha sido reconocida por la jurisprudencia internacional y nacional. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido claramente que la desaparición forzada:

“debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta **obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que (1) la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida.** Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, **la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales.** En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia.”⁸⁷

En el mismo orden de ideas, conviene recordar la siguiente afirmación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, pertinente en lo que concierne a las manifestaciones que figuran en el Auto relativas a la “retroactividad”:

“... el carácter permanente y continuado del delito de desaparición forzada, de forma tal que debiera aplicarse a las desapariciones forzadas que comenzaron a cometerse incluso antes de la entrada en vigor de la norma respectiva, **con lo que no se incurre en un atentado al principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del presunto responsable. En tal virtud, en estricto rigor jurídico internacional, las desapariciones forzadas que aún no han sido esclarecidas se siguen cometiendo en la actualidad por lo que se trata de un delito continuado y no un asunto del pasado.**”⁸⁸

Y esto es así porque, como ha afirmado el propio Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Observación General sobre el artículo 17:

⁸⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL: España: Ejercer la Jurisdicción Universal para acabar con la impunidad, Serie Estrechando el cerco, EUR 41/017/2008, 15 de octubre de 2008.

⁸⁵ Como es sabido, desde la perspectiva del Derecho Internacional es común el uso de ambas expresiones. Véase, por ejemplo, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006, párrafo 66.

⁸⁶ GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: “Observación General sobre el artículo 17”, E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000, párrafo 30.

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-580/02, de 3 de Julio de 2002, expediente L.A.T.-218

⁸⁸ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: Informe de la Misión a El Salvador, Doc. A/HRC/7/2/Add.2, de 26 de octubre de 2007, párrafo 86.

“El sentido y propósito general de este artículo es garantizar unas condiciones tales que los responsables de actos que constituyen desapariciones forzadas comparezcan ante la justicia, con una interpretación restrictiva de la prescripción. (...) Su finalidad es impedir que los autores de actos criminales se aprovechen de la prescripción. Puede interpretarse en el sentido de limitar las ventajas de la prescripción para los autores de estos actos criminales.”⁸⁹

Por otro lado, la limitación de los argumentos del Magistrado-Instructor (expuestos al inicio de esta sección) conlleva cierta confusión entre los bienes jurídicos protegidos y los elementos constitutivos del delito de desaparición forzada. Tal y como determina la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, todo acto de desaparición forzada:

“[c]onstituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro.”⁹⁰

Se trata, por tanto, de un delito pluriofensivo y complejo por lesionar varios bienes jurídicos. Ahora bien, la falta de conocimiento del paradero de la persona forma parte de los elementos que configuran el delito de desaparición forzada. Así, el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas enumera los siguientes elementos que deben darse siempre en el acto ilícito:

“a) privación de libertad contra la voluntad de la personas interesada; b) intervención de agentes estatales, al menos indirectamente por asentimiento, y c) negativa a reconocer la detención y a revelar la suerte o paradero de la persona interesada.”⁹¹

Un último ejemplo que demuestra la inconsistencia con el Derecho Internacional de los argumentos que el Auto utiliza en esta materia, es aquel que alega “la falta de verosimilitud de la persistencia de la situación ilícita dado el tiempo transcurrido, bien porque el detenido haya sido puesto en libertad bien porque haya de suponerse que ha sido asesinado”⁹². El hecho de que la persona desaparecida pudiera haber muerto sí que resulta “irrelevante” a la hora de calificar el hecho punible como un delito de desaparición forzada. En todo caso, se trataría de un homicidio “en el contexto” de un delito de lesa humanidad, extremo que además debería establecerse en el oportuno proceso penal⁹³. Por otro lado, la referencia a la sentencia del

⁸⁹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: “Observación General sobre el artículo 17”, E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000, párrafos 27-8.

⁹⁰ Artículo 1.2.

⁹¹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: “Comentario general sobre el artículo 4 de la Declaración”, E/CN/4/1996/38, de 15 de enero de 1996, párrafo 55

⁹² Auto de 3 de febrero de 2010, página 37. El Magistrado-Varela acoge, en este sentido, la tesis del Fiscal en su escrito de 21 de octubre de 2008 (“que la persona esté viva y privada de libertad durante todo este tiempo, lo que no es posible en este caso por ser pública y notoria su muerte”) considerandos 3 y 6.

⁹³ AMNISTÍA INTERNACIONAL: “España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo”, noviembre de 2008.

Tribunal Supremo en el caso “el Nani” no resulta aplicable en el caso de desapariciones forzadas, pues exigir que sean las víctimas (en este caso los familiares de los desaparecidos) las que deban probar la “no puesta en libertad del detenido” supondría una “*probatio diabolica*”⁹⁴ ya que, precisamente, han pedido auxilio a las autoridades del Estado para averiguar el paradero o destino de los desaparecidos; localizar, exhumar, recuperar e identificar los restos de sus desaparecidos, así como conocer la verdad de lo acontecido.

La desaparición forzada de personas, como hemos dicho con anterioridad, puede constituir un delito de lesa humanidad cuando es cometido en el marco o como parte de un ataque generalizado y/o sistemático contra la población civil. El desarrollo del Derecho Internacional ha llevado a considerar la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad⁹⁵. A este respecto, cabe recordar la Resolución nº 828 relativa a la desaparición forzada de personas, adoptada el 26 de septiembre de 1984 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa –organización a la que España se adhirió el 24 de noviembre de 1977–, que establece que la desaparición forzada es un crimen contra la humanidad que a) no puede ser considerado un delito político y por tanto está sujeto a extradición; b) no está sujeto a limitaciones; c) no puede estar cubierto por leyes de amnistías; y d) las personas responsables de actos de desaparición forzada pueden ser perseguidas no sólo en el país en el cual cometieron el delito, sino en cualquier país en el cual hayan sido arrestados⁹⁶.

En este orden de ideas, la Comisión Internacional de Juristas ha afirmado que:

“Si bien existe un amplio consenso internacional sobre esta calificación de la desaparición forzada como crimen internacional, ello no es óbice para que existan en los ámbitos regionales o nacionales calificaciones y definiciones de la desaparición forzada como crimen internacional que provean un umbral de protección mayor a los individuos víctimas de este crimen.”⁹⁷

Como ya se dijo, cuestión distinta, pero clave, sería si el crimen de lesa humanidad, a través de desapariciones forzadas, y con las características propias que ahora se han resumido, pudiera o no aplicarse a los hechos objeto de la investigación realizada por el Magistrado-Juez querrellado, dentro de los cauces marcados por el mismo Tribunal Supremo en su sentencia en el caso *Scilingo*. Pero una vez más, ni el Auto de 3 de febrero de 2010 ofrece argumento alguno sobre el particular, ni fundamenta por qué la defensa de una posición de este cariz pueda ser prueba inequívoca de una actuación tipificable como prevaricación.

⁹⁴ Ver *supra*.

⁹⁵ Ver COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas Suplemento Nº 10 (A/51/10) página 100 y siguientes.

⁹⁶ COUNCIL OF EUROPE: Parliamentary Assembly: Resolution 828 (1984) *on enforced disappearances*, adopted by the Assembly on 26 September 1984 (9th Sitting).

⁹⁷ Ver nota 67.

C) Conclusión.

En razón de lo expuesto, entendemos que resulta manifiestamente desmedido concluir, a partir de los argumentos de Derecho Internacional que el repetido Auto invoca, que el Magistrado querellado prevaricó al construir su propia interpretación jurídica. No obstante, la gravedad que pesa en las conclusiones alcanzadas por el Magistrado-Instructor tiene consecuencias añadidas por la naturaleza de los delitos de que se trata (crímenes de lesa humanidad, desapariciones forzadas), siendo que las alusiones que en este punto contiene están faltas de razonamientos jurídicos objetivos que permitan discutirlos racionalmente y encontrarles sostén jurídico, más allá de las afirmaciones excesivamente rotundas y genéricas que contiene.

CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto hasta aquí y a los efectos indicados al comienzo de este Informe, concluimos que:

- Con carácter general, y en atención al articulado de 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, no puede admitirse la conclusión del Magistrado-Instructor cuando afirma que, abrir una investigación judicial puede tener la “finalidad de eludir la decisión del legislador”. Más bien lo contrario, la “decisión del legislador” responde y es conforme a la amplia jurisprudencia internacional que determina que en el caso de graves violaciones de los derechos humanos que constituyan una infracción penal, la naturaleza del recurso efectivo debe ser esencialmente judicial.

- En relación a la Ley de Amnistía de 1977, los tres argumentos del Magistrado-Instructor son abiertamente discutibles.

No tiene sostén alguno la defensa de que cualquier medida legislativa, por el hecho de ser aprobada por un Parlamento democrático, siempre es o habría de ser internacionalmente lícita, aunque su contenido incurriera en contradicción flagrante con las obligaciones internacionales del Estado. En realidad, tal conclusión niega la misma existencia del Derecho Internacional y prescinde o ignora por completo las reglas básicas de funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, nacional e internacional.

Por su parte, la línea argumental del Auto relativa al artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, se construye a partir de una interpretación de su literal más que rebatible y se opone directamente a la interpretación acreditada de dicha disposición; esto es, que de ella no puede extraerse de ningún modo la posibilidad de que los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, eludan un castigo.

Finalmente, si bien en el Auto de 3 de febrero pasado no se niega que los artículos 2 e) y f) de la Ley de Amnistía de 1977 puedan ser o son difícilmente compatibles con el artículo 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –vinculante para España antes de la aprobación de la citada ley–, se defiende la imposibilidad de aplicar tal Pacto. Haciendo esto, el Auto confunde la falta del competencia del Comité de Derechos Humanos para conocer y sustanciar una queja o reclamación individual con la cuestión de la cuestión de la compatibilidad de la ley que favorece la impunidad (la amnistía) con el Derecho Internacional. Rotunda conclusión que resulta, como pretendida regla general, notoriamente objetable, pues ni se corresponde con la unánime decisión del Comité de Derechos Humanos, ni se compadece con la postura de tribunales internacionales y otros órganos de control del sistema internacional de protección de los derechos humanos. En cualquier caso, en modo alguno puede esgrimirse como prueba inequívoca de que juez de un Estado Parte en el Pacto, pueda aplicarlo con el fin de reconocer a las víctimas de gravísimos crímenes internacionales perpetrados en el pasado, o a sus familiares, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a una reparación justa y adecuada.

- Finalmente, en cuanto a la cuestión de los crímenes contra la humanidad y la desaparición forzada de personas, los argumentos y conclusiones del Magistrado-Instructor aunque parecen evitar la aplicación de estas figuras, tal y como se califican desde la perspectiva del Derecho Internacional, no se acompañan de argumentos de suficiente peso que permitan sostenerlas jurídicamente y, menos aún, justificar que un órgano jurisdiccional

que sí lo hiciera estuviera prevaricando.

De hecho, el Magistrado-Instructor pretende circunscribirse en este punto a lo sostenido por el Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*, pero aun dentro de esos límites, no sólo ignora algunas de las conclusiones adoptadas entonces por ese Tribunal, sino que en aquellos aspectos —como la prescripción— que no fueron resueltos por el Tribunal, considera fuera de toda “interpretación razonable” la realizada en su día por el Magistrado querellado en su/s propio/s Auto/s.

Las cuestiones de fondo, ampliamente discutidas largo tiempo y en la actualidad —cuál es el momento a partir del cual los hoy conocidos como crímenes de lesa humanidad fueron así tipificados en el Derecho Internacional, adquiriendo relevancia plena en el ámbito de la responsabilidad penal individual, así como, desde cuándo se dio el reconocimiento de su imprescriptibilidad— son obviadas en el Auto del Magistrado-Instructor. Pero, a la vez y sin mayores consideraciones, califica la respuesta que a ellas da el Magistrado Garzón como manifiestamente contraria a Derecho. Asimismo, las posibilidades que habilita la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo* y que el Magistrado querellado exploró y construyó en sus/ Auto/s, no merecen para el Magistrado-Instructor más que una descalificación genérica.

Por todo lo anterior, reiteramos que muchas de las cuestiones aquí planteadas están sujetas al legítimo debate y discusión jurídicos y afirmamos que es jurídicamente insostenible, con los argumentos que figuran en el Auto de 3 de febrero de 2010, concluir que la construcción jurídica realizada por el Magistrado querellado, en los aspectos aquí analizados, es “manifiestamente contraria a Derecho” y que puede constituir delito de prevaricación.