

***Amicus curiae* de la AEDIDH ante la querrela criminal presentada al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (República Argentina), por los crímenes de genocidio y/o de lesa humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977.**

Carmelo Faleh Pérez¹ y Carlos Villán Durán²

Las Palmas de Gran Canaria y Ginebra, 3 de septiembre de 2012

aEDIDH
Asociación Española
para el Derecho Internacional
de los Derechos Humanos

¹ Carmelo Faleh Pérez es profesor de derecho internacional público (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Facultad de Ciencias Jurídicas) y secretario general de la AEDIDH. Direcciones electrónicas: cfaleh@dcjb.ulpgc.es y cfaleh@aedidh.org.

² Carlos Villán Durán es profesor de derecho internacional de los derechos humanos, presidente de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) y antiguo miembro de la oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos (1982-2005). Dirección electrónica: cvillan@aedidh.org

SUMARIO		Págs.
—	Abreviaturas empleadas	3
—	Presentación	4
I.—	Introducción	5
II.—	Los hechos litigiosos y su calificación jurídica	7
III.—	Actuaciones ante las Naciones Unidas	17
	1.— Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias	17
	2.— Comité de Derechos Humanos	25
	3.— Comité contra la Tortura	29
IV.—	La falta de voluntad de España para proporcionar completa reparación a las víctimas	32
V.—	Conclusiones	49

ABREVIATURAS EMPLEADAS

AEDIDH	Asociación Española para el Derecho Internacional de los-Derechos Humanos
AN	Audiencia Nacional
CE	Constitución española de 1978
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
Comité CT	Comité contra la Tortura (Naciones Unidas)
Comité DH	Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas)
CP	Código Penal español
CPI	Corte Penal Internacional
GTDFI	Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas)
DI	Derecho internacional
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
FJ	Fundamento Jurídico
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial
NU	Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PNDH	Plan Nacional de Derechos Humanos
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo español

— PRESENTACIÓN

Carlos Villán Durán, profesor de derecho internacional de los derechos humanos, presidente de la AEDIDH y antiguo miembro de la oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos y

Carmelo Faleh Pérez, profesor de derecho internacional público en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y secretario general de la AEDIDH,

Intervienen respetuosamente ante la Ilma. Sra. Jueza Titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Dra. María Servini de Cubría, a fin de presentar para su consideración, el presente *amicus curiae* sobre la querrela criminal presentada ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (República Argentina) por la comisión de los delitos de genocidio y/o de lesa humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977.

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 de Asociaciones del Ministerio del Interior de España con el número 584705, e integrada por 109 especialistas latinoamericanos y españoles 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, a fin de trasladar a la práctica española y latinoamericana las normas y los principios del DIDH, alentando al cumplimiento 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 de los 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].

* * *

I.— INTRODUCCIÓN

Resulta sin duda doloroso constatar que en España las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos cometidas en el largo periodo histórico en el que se desarrolló la Guerra Civil y la posterior represión franquista (1936-1977), no han podido encontrar justicia y reparación plenas. Aunque la impunidad de los violadores de los derechos humanos continúa siendo la norma en muchos países, como Asociación defensora de los derechos humanos reivindicamos el derecho que asiste a toda víctima, dentro o fuera de España, en obtener la verdad, justicia y reparación que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de España no pueden o no quieren proporcionar.

En efecto, desde su constitución en el año 2004, la AEDIDH mantiene una línea de acción en el ámbito de la denominada “memoria histórica”; esto es, la defensa del derecho a la reparación plena, justa y adecuada que corresponde a las víctimas de violaciones de los derechos humanos perpetradas en el pasado, durante la Guerra Civil y la posterior dictadura franquista que sufrió todo el país durante casi cuatro décadas.

Obviamente, tratándose de una Asociación promotora y defensora del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el contenido del derecho a la reparación es el que dimana de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes, en particular los *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*, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 (resolución 60/147).

Así lo defendimos en el *Informe sobre el 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*³. Este informe, de 30 de abril de 2008, fue formulado a pedido y

³ Disponible en www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AEDIDH.pdf, 52 pp. más Anexos. La parte central del informe también fue publicado en una Revista científica. Véase VILLÁN DURÁN, CARLOS y FALEH PÉREZ, CARMelo: «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

para la consideración de la Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del franquismo, un foro de encuentro de Asociaciones del Estado español personadas en la causa seguida ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, siendo entonces su titular el exmagistrado D. Baltasar Garzón.

Por las razones expuestas y las que se esgrimen a lo largo del presente *amicus curiae*, la AEDIDH apoya la querrela criminal formulada ante la Jurisdicción Federal en lo Penal de la República Argentina por el Sr. Darío Rivas Cando y la Sra. Inés García Holgado por la comisión de los delitos de genocidio y/o de lesa humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, con el propósito que los querellantes exponen: lograr “el ejercicio de la jurisdicción argentina respecto de crímenes que ofenden y lesionan a la humanidad que permanecen impunes” en España.

* * *

otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 16 (2008), 51 p. Accesible desde www.reei.org/index.php/revista/num16.

II.— LOS HECHOS LITIGIOSOS Y SU CALIFICACIÓN JURÍDICA

Como señalamos, el informe de la AEDIDH de 30 de abril de 2008 tuvo como principal objetivo 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 dio origen a las diligencias previas 399/2006 del exmagistrado Garzón).

En ese Informe la AEDIDH afirmó lo que es una evidencia histórica:

Desde el golpe de Estado que padeció España el 17 de julio de 1936, quienes protagonizaron contra el Gobierno constitucional un movimiento de insurrección o subversión —convertido a la postre (1939) en gobierno *de facto* de un nuevo régimen político—, organizaron y comenzaron a aplicar un plan sistemático concebido para destruir y eliminar a sus adversarios, incluidos los opositores políticos y todos aquellos que legítimamente respaldaron la legalidad del régimen constitucional hasta entonces vigente, lo que ocasionó víctimas también entre sus familiares.

Para realizar dicho plan se ejecutaron y produjeron, entre 1936 y hasta mucho después, ya instituido y vigente un nuevo orden legal que habría de regir los destinos de España hasta la recuperación de la legalidad y legitimidad democráticas, actos y omisiones que comportaron la violación masiva y flagrante de derechos humanos y libertades básicas de miles de personas. De manera sistemática, los insurrectos y la nueva dirigencia política, o quienes actuaban con su connivencia, su tolerancia o su permisividad ejerciendo funciones estatales, propias de los diferentes poderes públicos, planificaron y/o llevaron a cabo (a) detenciones ilegales y arbitrarias; (b) torturas y otros tratos que, de forma cruel, inhumana o degradante, lesionaron y mermaron, de modo muchas veces irreversible, la integridad física y mental de las personas directamente afectadas y sus familiares; (c) juicios sumarísimos sin las garantías mínimas del debido proceso internacionalmente reconocidas; (d) ejecuciones sumarias, arbitrarias y extrajudiciales, con o sin proceso judicial previo; (e) violación de domicilios, saqueos y confiscaciones de bienes, propiedades y otros efectos; (e) castigos colectivos; (f) desapariciones forzadas o involuntarias; y (g) otras acciones (u omisiones) frontalmente opuestas a principios elementales de humanidad que afectaron particularmente a quienes ejercían o pretendían ejercer diferentes derechos y libertades que, en el momento del golpe militar, la Constitución de 9 de diciembre de 1931 enunciaba y protegía; pero también a sus familiares, muchas veces estigmatizados y humillados de por vida.⁴

⁴ AEDIDH: *Informe sobre el 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*, 30 de abril de 2008, accesible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AEDIDH.pdf>, p. 4.

La AEDIDH esgrimió en su informe los fundamentos jurídicos que, en correcta aplicación del DIDH, debían conducir al magistrado instructor a iniciar la investigación judicial de los hechos denunciados.

En primer lugar, desde su ingreso en las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1955, España asumió la obligación jurídico-internacional de tomar medidas para respetar efectivamente los derechos humanos y libertades fundamentales que el derecho internacional universalmente reconoce⁵. En realidad, esta obligación ya existía en el ámbito de otros tratados internacionales y formaba además parte del derecho internacional consuetudinario en vigor y obligatorio para España, ya que en derecho internacional la costumbre posee el mismo valor jurídico que el tratado internacional, siendo por tanto fuente de derecho idónea para imponer a los Estados obligaciones jurídicas, incluso en el ámbito de las relaciones del Estado con los particulares, gozando de la misma jerarquía supralegal e infraconstitucional que la Constitución de 1978 (CE) reconoce a los tratados internacionales.

En segundo lugar, y a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TC) en materia de acceso de toda persona a la justicia⁶, a España como Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICDP) le es oponible la obligación de debida diligencia para adoptar todas las medidas necesarias a fin de prevenir o investigar, castigar, o reparar las violaciones de los derechos humanos producidas, ya sea por acciones u omisiones de los agentes del Estado o atribuibles a los particulares⁷.

En tercer lugar, según el Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional⁸, “todo hecho internacionalmente ilícito del Estado

⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁶ STC, 95/2003, de 22 de mayo de 2003, FJ 5, párr. 2. La sentencia acudió al DIDH para interpretar el alcance del artículo 24 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva). Concluyó que tal derecho abarca a “todas las personas” en aplicación del Art. 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos reconocidos en la Constitución conforme a la DUDH y los tratados internacionales que haya suscrito España en la materia, siendo por tanto de aplicación el Art.10 DUDH, el Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el Art. 14.1 PICDP. Los textos internacionales citados reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva a “todas las personas”, con independencia de su nacionalidad (STC 99/1985 de 30 de septiembre [RTC 1985/99], FJ 2).

⁷ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit. *supra* nota 4, p. 13.

⁸ Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

genera su responsabilidad internacional” (art. 1). Y se produce el hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando su comportamiento, consistente en una acción u omisión, “a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado” (art. 2).

Por lo tanto, todas las acciones y omisiones que fueron cometidas, consentidas, ordenadas, planificadas o instigadas desde 1936 por el movimiento de sublevación militar anticonstitucional, pasaron a convertirse en hechos ilícitos de España en virtud de los principios de continuidad de la personalidad del Estado y de continuidad entre el movimiento insurrecto y el nuevo gobierno violentamente instaurado”. No en vano, el mencionado Proyecto de Artículos dispone en su art. 10 que “se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado”⁹. Este principio de atribución es considerado como regla consuetudinaria del derecho internacional¹⁰.

En cuarto lugar, la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*¹¹ reconoce el carácter permanente del delito de desaparición forzada “mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos” (art.17.1).

⁹ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit. supra nota 4, p. 27.

¹⁰ Como aseveramos en nuestro informe, «se trata de una regla de atribución de responsabilidad al Estado aceptada de *larga data* en Derecho internacional y dotada de indiscutible carácter consuetudinario. Su aceptación se remonta, al menos, a principios del siglo XX. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas confirma esta afirmación citando algunos precedentes. Así, una decisión arbitral internacional en el caso *Bolivar Railway Company* (1903) afirmó el principio según el cual “el Estado es responsable de las obligaciones de una revolución victoriosa y ello desde sus orígenes porque en teoría representa *ab initio* un cambio de la voluntad nacional cristalizado por un resultado favorable final”. En el caso denominado *French Company of Venezuela Railroads*, la decisión arbitral (1928) de una Comisión mixta franco-venezolana negó la posibilidad de atribuir a un Estado ciertas actuaciones revolucionarias “*a menos que* la revolución haya salido victoriosa”, puesto que en tales casos resulta comprometida la responsabilidad del Estado “según reglas reconocidas del derecho público”. También en 1928, en el caso *Pinson*, una Comisión de reclamaciones franco-mexicana entendió que “si los daños se originaron, por ejemplo, en requisiciones o contribuciones forzadas reclamadas por los revolucionarios antes de su triunfo final, o si fueron causados [...] por delitos cometidos por las fuerzas revolucionarias victoriosas, *no podría negarse la responsabilidad del Estado*” (...). AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit. supra nota 4, p., p. 27.

¹¹ Resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992.

En quinto lugar, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*¹², reconoció que “la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad” y, por ende, imprescriptible conforme al derecho internacional (art. 5). En casos aislados de desaparición, si la ley interna prevé un plazo de prescripción de la acción penal, este deberá ser “prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito”; y tal plazo “se debe contar a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito” (art. 8.1). Por último, el Estado garantizará a las víctimas de desaparición forzada “el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción” (art. 8.2).

En sexto lugar, cuando ocurrieron los hechos denunciados en España ya estaba en vigor la llamada *Cláusula Martens*, principio esencial del derecho internacional humanitario que fuera codificado en el *IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre*¹³. Según la referida cláusula, “...los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

Por tanto, los Estados reconocieron entonces que las normas consuetudinarias que se codifican en el reglamento anejo al citado Convenio (“Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre”), son la regla general aplicable a los beligerantes en el marco de un conflicto armado, lo mismo que a las relaciones entre los pueblos. En los casos no comprendidos en el citado Reglamento, pueblos y beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio del Derecho de Gentes dimanante de los usos establecidos entre naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y exigencias de la conciencia pública¹⁴.

En consecuencia, la AEDIDH sostuvo que en España los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el inicio de la Guerra Civil y durante la poste-

¹² Resolución 61/177 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2006. Ratificada por 32 Estados, incluida España. En vigor desde el 24 de septiembre de 2009.

¹³ Firmado por España el 29 de julio de 1899 y ratificado el 4 de septiembre de 1890. Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 326, 22 de noviembre de 1900, pp. 645 a 648.

¹⁴ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit. supra nota 4, p. 35.

rior represión franquista, fueron ejecutados o estaban conectados con un conflicto armado en el que se produjeron también violaciones de las leyes y usos de la guerra¹⁵. Por consiguiente, durante y después de la guerra, tanto los beligerantes como el bando vencedor estuvieron obligados en todo momento a respetar las leyes y usos de la guerra que formaban parte del derecho internacional consuetudinario y que además habían sido codificados en tratados que España había suscrito con anterioridad a la Guerra Civil¹⁶.

Los fundamentos jurídicos del dictamen de la AEDIDH fueron ampliamente recogidos en el auto de 16 de octubre de 2008 del entonces titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, el magistrado Baltasar Garzón. En efecto, el exmagistrado se declaró competente “para el conocimiento de las denuncias presentadas por Asociaciones para la recuperación de la memoria histórica que pusieron en conocimiento del Juzgado la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento, y solicitan la tutela judicial para la exhumación e identificación de los cadáveres y así poder honrarlos y homenajearlos”¹⁷.

El exmagistrado reconoció que los hechos denunciados nunca habían sido investigados penalmente por la justicia española, por lo que la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad.

¹⁵ Al resaltar la vinculación de esos crímenes con el conflicto armado en el que además se perpetraron violaciones de las leyes y usos de la guerra, la AEDIDH quiso poner de manifiesto que se cumplía con la exigencia establecida en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg (constituido en virtud del Acuerdo firmado por los aliados en Londres el 8 de agosto de 1945), mediante el cual la comunidad internacional dio forma jurídica y nombre (*crímenes contra la humanidad*) a las gravísimas atrocidades cometidas por los dirigentes alemanes y los miembros del partido nazi en la Europa ocupada, infringiendo gravemente principios y consideraciones elementales de humanidad enraizados sin duda en la conciencia jurídica de las naciones. Según esa disposición, “Los actos siguientes, o cualquiera de ellos, son crímenes que caen bajo la competencia del Tribunal y para los cuales habrá responsabilidad individual: ... (c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: a saber, el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación y otros *actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra; o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen que sea competencia del Tribunal, constituyan o no una violación del derecho interno del país donde se perpetraron*” (cursiva nuestra).

¹⁶ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit. supra nota 4, p. p. 38.

¹⁷ Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, diligencias previas, procedimiento abreviado 399/2006V, auto de 16 de octubre 2008, FJ1, párr. 1.

Además, el exmagistrado afirmó la existencia de legislación internacional de obligado cumplimiento para España en el momento de la comisión de los crímenes internacionales durante la Guerra Civil y la posterior dictadura. En concreto, se refirió al derecho internacional humanitario que estaba en vigor en el momento de la comisión de tales crímenes, como “la Convención de Ginebra de 1864, con la que se dio comienzo a la codificación del derecho humanitario, así como las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre Leyes y Usos de la Guerra. La primera de estas dos últimas incluía la denominada “cláusula Martens”. Por lo que “los crímenes atroces cometidos con posterioridad al 17 de julio de 1936, tenían ya, en aquella época, la categoría de actos prohibidos por el *ius in bello* (derecho de la guerra) e integraban la categoría de crímenes contra las Leyes y Costumbres de la Guerra y Leyes de Humanidad”¹⁸.

También reconoció el exmagistrado la categoría jurídica de crimen contra la humanidad, que se caracteriza por agredir a la persona “en sus derechos más elementales como la vida, la integridad, la dignidad, la libertad, que constituyen los pilares sobre los que se constituye una sociedad civilizada y el propio Estado de Derecho”¹⁹. En el marco del conflicto, “los rebeldes pretendieron alzarse contra el Gobierno legítimo y exterminar a los opositores, en forma sistemática... Quienes se alzaron o rebelaron contra el Gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra los Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas, torturas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos, y provocaron el exilio forzoso de miles de personas”²⁰.

Justificó así que los crímenes que se cometieron durante la Guerra Civil y los primeros años del franquismo por parte del bando golpista formaron parte, en sus palabras, de “un plan de ataque sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir

¹⁸ *Ibidem*, FJ.2, p. 7.

¹⁹ *Ibidem id.*, FJ 3, p. 16.

²⁰ *Ibidem id.*, p. 17.

de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español”²¹.

Estas acciones eran ya consideradas delitos ordinarios en 1936, mucho antes de la Ley Orgánica 15/2003 que introdujo el art. 607 bis en el Código Penal español (CP), que desde entonces tipifica en el ordenamiento jurídico español los crímenes contra la humanidad.

El magistrado aceptó igualmente la retroactividad de la ley penal cuando se trata de delitos considerados de lesa humanidad “según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (art. 15.2 PIDCP). Aunque tales principios fueron formalmente incorporados al CP con posterioridad, los hechos denunciados constituyeron crímenes de lesa humanidad conforme al derecho internacional de la época. En efecto, se cometieron “como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”²².

A mayor abundamiento, el magistrado consideró que los hechos denunciados “estaban ya descritos y penados en el Código Penal de 1932 y, en consecuencia, los delitos cometidos a partir del alzamiento o rebelión militar de 1936 forman parte, indudablemente, del delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero”. Para el juzgador, “la no vulneración del principio de irretroactividad penal deriva ante todo del hecho de que, al margen de ese contexto, ya eran conductas delictivas en el momento del comienzo de su ejecución, poco antes de la guerra civil, y siguen cometándose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes”²³.

En sexto lugar, la posibilidad de amnistiar los hechos es contraria a la continuidad delictiva de los mismos. Así, el auto que nos ocupa estableció que “la acción se sigue produciendo hasta el día de la fecha y, por ende, después de las leyes de amnistía” de octubre de 1977 y 1984, por lo que ambas deben

²¹ *Ibidem id.*, p. 3.

²² *Ibidem id.*, FJ 8, p. 34.

²³ *Ibidem id.*, FJ 9, pp. 39-40.

interpretarse “a la luz del Derecho Internacional Humanitario que prohíbe medidas generales de gracia (indultos, amnistía) que impidan la exigencia de responsabilidades criminales a los responsables de violaciones graves de los Derechos Humanos”²⁴.

Además, “parece claro que no pueden considerarse incluidos en este artículo (art.1 de la Ley 46/1977), ni en el artículo segundo (delitos de rebelión y sedición) los hechos y delitos que con arreglo a las normas de derecho penal internacional son catalogados como crímenes contra la humanidad y por tanto, sin naturaleza de delito político. Frente a esta naturaleza, ninguna ley de amnistía puede oponerse. Así se desprende, en el ámbito internacional, de la Jurisprudencia emanada por tribunales Internacionales (Tribunal Especial para Sierra Leona, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”²⁵.

A pesar de todo ello, el mismo exmagistrado se declaró incompetente un mes después, mediante auto de 18 de noviembre de 2008, inhibiéndose a favor de los juzgados territoriales en donde se habían hallado fosas comunes, a los efectos de tramitar causas por presuntos delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero en el contexto de crímenes contra la humanidad, en relación con detenciones, asesinatos y ocultación de cadáveres de miles de ciudadanos, cometidos durante la guerra civil española y primeros años del franquismo, concretamente entre el 17 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1951.

Poco después, varios grupos de extrema derecha vinculados a Falange se querellaron contra el exmagistrado Baltasar Garzón ante el Tribunal Supremo, acusándole de prevaricación por no haber aplicado la Ley de amnistía de 1977. Por auto de 16 de febrero de 2010 el magistrado L. Varela hizo suyas las acusaciones e inició el procesamiento contra Garzón por supuesta prevaricación, lo que supuso su separación del ejercicio de la función jurisdiccional como medida disciplinaria adoptada inmediatamente por el Consejo General del Poder Judicial.

La AEDIDH elaboró un segundo dictamen en defensa del auto del exmagistrado Garzón, poniendo de relieve las inconsistencias del auto del magistra-

²⁴ *Ibidem id.*, FJ 10, p. 47.

²⁵ *Ibidem id.*, p. 44.

do Varela en relación al DIDH²⁶. Con base en la normativa internacional y en una amplia jurisprudencia internacional, el dictamen concluyó que la naturaleza del derecho a un recurso efectivo que asiste a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos que constituyan una infracción penal, debe ser esencialmente judicial, por lo que la Ley de 2007 sobre memoria histórica es claramente insuficiente.

Además, frente a la pretensión del magistrado Varela de mantener la vigencia de la Ley de amnistía de 1977, el dictamen rebatió el argumento político de que esta había sido aprobada por un parlamento democrático, pues ello es irrelevante a la luz del DIDH, que obliga al Estado a investigar crímenes internacionales imprescriptibles, siendo nula toda disposición de derecho interno que se oponga a la norma internacional.

El magistrado Varela también acudió al artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, que aconseja amnistiar a los excombatientes una vez superado el conflicto armado, que se encuentren privados de libertad “por motivos relacionados con el conflicto armado”. Pero ello no supone que los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, puedan ser igualmente amnistiadas.

Finalmente, el auto de 3 de febrero de 2010 se opuso a la aplicación del PIDCP por supuesta incompetencia temporal del Comité de Derechos Humanos (Comité DH). Desgraciadamente, el auto confundió la pretendida falta de competencia del Comité DH para conocer y sustanciar una queja individual, con la cuestión general de la compatibilidad o conformidad con el derecho internacional de la Ley de amnistía, que favorece la impunidad²⁷.

²⁶ AEDIDH, *Informe en derecho: causa especial N.º 20048/2009: querrela(s) interpuesta(s) contra el magistrado-juez don 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*, Madrid y Dili, 16 de febrero de 2010, 38 p. Disponible en <http://aedidh.org/sites/default/files/informe-final-auto-varela-garaon-aedidh.pdf>. Numerosas organizaciones y especialistas en DIDH se adhirieron al dictamen. V. <http://aedidh.org/sites/default/files/listado-de-adhesiones-al-informe-en-derecho-15032010.pdf>. El informe fue elaborado por Javier Chinchón Álvarez y Lydia Vicente Márquez, juristas miembros de la AEDIDH. Vid. igualmente CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y VICENTE MÁRQUEZ, L.: “La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 19, junio de 2010, 43 p., accesible desde <http://www.reei.org/index.php/revista/num19>.

²⁷ AEDIDH, *Informe en derecho: causa especial N.º 20048/2009...*, cit., p. 38.

Después de un tortuoso proceso, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 absolvió al exmagistrado Garzón del supuesto delito de prevaricación, pero mantuvo que su actuación había sido errónea porque debió aplicar la citada Ley de amnistía y por tanto debió abstenerse de ordenar la investigación de las desapariciones. El TS también omitió referirse a los principios y normas de derecho internacional aplicables, por lo que no reconoció el carácter de delito continuado de la desaparición forzada, confirmando la aplicación de la amnistía y la prescripción a los citados crímenes de lesa humanidad.

En suma, la justicia española confirmó en 2012 la impunidad total de la que hasta entonces habían disfrutado los responsables de crímenes internacionales contra los derechos humanos cometidos durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, tales como las ejecuciones sumarias, las desapariciones sistemáticas, la tortura y la detención arbitraria generalizadas, el exilio, el trabajo forzoso y el secuestro masivo de niños. Situación absolutamente incompatible con las obligaciones del Estado ante el DIDH, lo que obligó a la AEDIDH a continuar su litigio estratégico ante los órganos pertinentes de derechos humanos de las Naciones Unidas²⁸.

²⁸ Cfr. VILLÁN DURÁN, Carlos, *La contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España*. Ginebra, agosto de 2012, p. 9. Disponible en www.aedidh.org/sites/default/files/MemoriahistoricaCVD.pdf.

III.— ACTUACIONES ANTE LAS NACIONES UNIDAS

Preocupada por el clima persistente de impunidad que los crímenes cometidos entre 1936 y 1977 encuentran en nuestro país, la AEDIDH ha llevado el caso a la atención de distintos órganos de las Naciones Unidas encargados de la protección de los derechos humanos, a saber: el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del PIDCP y el Comité contra la Tortura.

1.- Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias

La AEDIDH compareció en 2008 y 2012 ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante: GTDFI), en Ginebra.

La primera comparecencia se celebró el 27 de noviembre de 2008. La declaración oral de la AEDIDH²⁹ fue acompañada del dictamen sobre la cuestión de las desapariciones forzadas y otros crímenes de lesa humanidad perpetrados en España durante la guerra civil (1936-1939) y la posterior dictadura franquista (1939-1975), que había sido presentado en abril de 2008 ante el Comité de Derechos Humanos y anteriormente al Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional³⁰, con el fin de acompañar a la denuncia que había presentado el 15 de diciembre de 2006 la Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del Franquismo.

En relación a la competencia del GTDFI, la AEDIDH recordó que en 2002 aquel había transmitido a España dos casos de presuntas desapariciones que tuvieron lugar en 1947 y 1949. Se presentaron otras denuncias pero fueron declaradas inadmisibles, pues en 2002 el Grupo decidió no aceptar casos individuales “que presuntamente sucedieron en España antes de la creación de las Naciones Unidas”³¹ (1945). En 2003 se transmitió también a España un tercer caso ocurrido en 1950³². En total, cuatro casos figuran todavía co-

²⁹ Disponible en http://www.aedidh.org/sites/default/files/ComparecenciaCDH_AEDIDH.pdf.

³⁰ AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit. supra nota 3.

³¹ Doc. E/CN.4/2003/70, párr. 247.

³² Vid. doc. E/CN.4/2004/58, párr. 261.

mo pendientes de esclarecimiento en los últimos informes anuales del Grupo³³.

Esta decisión ocasionó un grave perjuicio a los familiares de las víctimas españolas, toda vez que el período crítico de desapariciones sistemáticas y generalizadas, consideradas como crímenes de lesa humanidad, corresponde a los años de la Guerra Civil (1936-1939) y al primer período de la represión franquista (1939-1945). Además, fue una decisión irrespetuosa del carácter imprescriptible de los crímenes internacionales, de los que la desaparición forzada, cuando es generalizada o sistemática, forma parte.

La AEDIDH también recordó que el auto del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008, había reconocido que todavía existían en España 114.266 casos pendientes de investigación. Asimismo, los delitos calificados como desapariciones forzadas fueron considerados en el auto como crímenes de lesa humanidad, porque tuvieron como finalidad llevar a cabo una política deliberada de exterminio de los disidentes políticos por el régimen militar de Franco.

Además, el auto reconoció que en 1936 España tenía la obligación legal de prohibir los crímenes contra la humanidad, porque tal prohibición ya formaba parte del derecho internacional consuetudinario (la llamada "Cláusula Martens") y había sido codificada en la IV Convención de La Haya de 1907, seguida por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 que regulan el derecho internacional humanitario. Los crímenes de lesa humanidad también fueron reconocidos por el Tribunal de Núremberg y el Estatuto de Londres (1945), que autorizó al Tribunal a juzgar los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad ocurridos a partir del 30 de enero de 1933, fecha en la que los nazis tomaron el poder en Alemania.

Por otra parte, el auto se refirió a los miles de niños republicanos desaparecidos de forma sistemática en España después de la Guerra Civil (1940-1954). Algunos de ellos habían sido separados forzosamente de sus madres recluidas en prisión, una vez cumplidos los tres años de edad. Otros niños huérfanos fueron repatriados por la fuerza desde Francia y otros países y, a continuación, internados en orfanatos españoles. Todo ello se hizo bajo el

³³ *Vid.* los siguientes informes anuales del GTDFI: docs. A/HRC/13/31, de 21 de diciembre de 2009; A/HRC/16/48, de 26 enero de 2011; y A/HRC/19/58/Rev.1, de 2 de marzo de 2012.

amparo de la Ley española de 4 de diciembre de 1941³⁴. Los nombres de estos niños fueron cambiados y, a continuación, inscritos en el Registro Nacional con una identidad falsa. Muchos de ellos fueron dados en adopción a familias adictas al régimen militar con la finalidad de reeducarlos y todavía pueden estar vivos, en total ignorancia de su identidad. Falange Española (el partido político único durante la dictadura), informó el 26 de noviembre de 1949 que sus servicios en el extranjero habían repatriado 20.266 niños republicanos. En 1954 las cifras oficiales admitieron que existían en España 30.960 niños huérfanos menores de 18 años.

De conformidad con sus métodos de trabajo, el mandato básico del GTDFI es de carácter humanitario, destinado a ayudar a las familias en la determinación de la suerte y el paradero de sus parientes desaparecidos. Los familiares de las víctimas españolas que han sufrido desapariciones sistemáticas, después de haber agotado durante más de 70 años todos los recursos internos disponibles en el ordenamiento jurídico, se dirigieron al GTDFI como la última oportunidad para volver a establecer un canal de comunicación con el Gobierno.

En consecuencia, acudiendo a razones puramente humanitarias, la AEDIDH solicitó al GTDFI que reconsiderara su decisión de 2002, para evitar que miles de desaparecidos españoles fuesen olvidados definitivamente y que el derecho a la verdad, la justicia y la reparación desapareciera con ellos. Además, la AEDIDH fundamentó jurídicamente su solicitud en seis razonamientos basados en los métodos de trabajo del GTDFI, a saber:

1. El GTDFI tiene la obligación de vigilar el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones derivadas de la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, de 1992. A diferencia de la Convención de 2006, nada de lo dispuesto en la Declaración de 1992 se opone a su aplicación retroactiva, en particular aquellos principios que se basan en el derecho internacional consuetudinario codificado en la Declaración, tal como la consideración de las desapariciones forzadas y sistemáticas como crímenes de lesa humanidad.

³⁴ *Diario Oficial*, de 16 de diciembre de 1941.

2. El GTDFI no hace referencia alguna en sus métodos de trabajo a reglas que pudieran restringir *ratione temporis* su competencia para recibir denuncias individuales.

3. Los crímenes de lesa humanidad imponen obligaciones específicas a los Estados, a saber: el deber de investigar en su totalidad los presuntos casos de desaparición, en particular los casos relativos a los niños desaparecidos que aún pueden estar vivos; el deber de juzgar a los presuntos autores de los actos de desaparición; y la obligación de respetar la imprescriptibilidad de los crímenes de desaparición forzada, que tampoco pueden ser objeto de leyes especiales de amnistía y medidas similares que puedan dar lugar a la impunidad.

4. El GTDFI formula habitualmente observaciones sobre la aplicación de la Declaración cuando el gobierno no ha cumplido con sus obligaciones relacionadas con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

5. El GTDFI transmite regularmente a los gobiernos interesados un resumen de las denuncias recibidas de familiares de personas desaparecidas y las organizaciones no gubernamentales con respecto a los obstáculos encontrados en la aplicación de la Declaración en sus respectivos países. Y,

6. El GTDFI se interesa por los casos de intimidación, persecución o represalia contra los familiares de personas desaparecidas, o miembros de organizaciones de familiares y otras organizaciones no gubernamentales. El GTDFI podría transmitir estos informes al gobierno español, para que tome las medidas oportunas que tengan como finalidad proteger todos los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Por último, la AEDIDH instó al GTDFI a recordar a España que debe honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular, solicitó:

1. Que se derogue la Ley de amnistía de 1977, de modo que esta no se siga aplicando para dejar impunes graves violaciones de los derechos humanos, en particular los crímenes contra la humanidad, incluidas las desapariciones forzadas de personas.

2. Que se adopten medidas legislativas para asegurar que los tribunales de justicia españoles reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, un principio básico del DIDH que no admite derogación. En particular, el CP debería ser revisado para incorporar la definición del delito de desaparición forzada de conformidad con el derecho internacional.

3. Que se ratifique urgentemente la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

4. Que se constituya una comisión de la verdad compuesta de expertos independientes, con el mandato de restablecer la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, y con competencia para formular recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.

5. Que se cumpla con la obligación internacional de investigar los casos pendientes de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista. Las víctimas y sus familiares deben poder ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva y exigir al Estado que investigue los casos pendientes. En particular, el Estado debe facilitar la investigación judicial de los casos pendientes, identificar a los responsables y auxiliar con todos los medios a su alcance a los familiares que deseen localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos.

6. El Estado debería ser instado también a conceder a las víctimas y sus familias la justicia y la total reparación.

7. Que se adopten medidas concretas de protección a favor de los defensores de derechos humanos y familiares de las víctimas de desapariciones forzadas que ya han identificado 400 fosas comunes o clandestinas, practicado exhumaciones de 4.000 cuerpos en 170 fosas por su propia iniciativa e identificado los restos de sus seres queridos, a pesar de los reiterados obstáculos y hostigamientos de los que son objeto habitualmente por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, jueces y otras autoridades públicas, que rechazan colaborar en la consecución de tan noble objetivo. Y,

8. El GTDFI podría realizar una visita oficial a España, país que mantiene una invitación abierta a todos los procedimientos especiales de carácter temático del Consejo de Derechos Humanos.

En sus observaciones sobre España publicadas en el informe anual correspondiente a 2009, el GTDFI recogió las alegaciones esenciales de la AEDIDH³⁵. Además, recordó al Estado su obligación de dar cumplimiento a la Declaración, señalando que “todos los actos de desapariciones forzadas deben ser tipificados como un delito que conlleve penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (art. 4.1); y que todos los actos de desapariciones forzadas deben ser investigados hasta que el paradero de la víctima de desaparición forzada no se haya aclarado (art. 13.6)”³⁶.

En su informe de 2010 el GTDFI recordó a España el contenido de su comentario general sobre la *desaparición forzada como un delito continuado*, según el cual “las desapariciones forzadas son prototípicos actos continuos”. El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende durante todo el período de tiempo en que el delito tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida. Por lo que “los tribunales y otras instituciones deberían mantener la desaparición forzada como delito continuado o violación de los derechos humanos mientras no se hayan completado todos los elementos del delito o de la violación”³⁷.

Posteriormente, la AEDIDH denunció ante el GTDFI el procesamiento por supuesta prevaricación del exmagistrado B. Garzón por parte del Tribunal Supremo (auto de 3 de febrero de 2010 del magistrado Varela), lo que ocasionó una considerable alarma internacional. El GTDFI emitió un comunicado de prensa el 25 de mayo de 2010, en el que manifestó su preocupación por lo que parecía un grave atentado a la independencia judicial en España. Además, reiteró su ya conocida posición, expresada en el comentario general sobre la *desaparición forzada como un delito continuado*.

³⁵ Doc. A/HRC/13/31, de 21 de diciembre de 2009, párrs. 482-483.

³⁶ *Ibidem*, párr. 502.

³⁷ Doc. A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011, párr. 439.

La segunda comparecencia de la AEDIDH ante el GTDFI tuvo lugar en Ginebra el 12 de marzo de 2012³⁸. Como ya hiciera en 2008, y ante la falta de seguimiento por las autoridades españolas de las observaciones del GTDFI, la AEDIDH le solicitó que continuara instando a España a honrar sus obligaciones internacionales en relación con las víctimas de desapariciones forzadas. Además, le insistió en que debía declararse competente para examinar los casos de desapariciones ocurridas en España entre 1936 y 1945, reiterando los mismos fundamentos humanitarios y jurídicos que le había presentado en 2008.

En esta ocasión se agregó que el propio GTDFI, en su comentario general sobre *las desapariciones forzadas como delito continuado*, de 26 de enero de 2010, estableció que “cuando la desaparición forzada se inició antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que un Estado determinado aceptase la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición continúe tras la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción atribuye a la institución la competencia y la jurisdicción para entender del caso de desaparición forzada en su conjunto y no sólo de los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción”.

Además, la AEDIDH se refirió al más reciente comentario general del GTDFI sobre *el derecho a la verdad en los casos de desapariciones forzadas*, de 26 de enero de 2011, según el cual los Estados tienen “la obligación de continuar la investigación mientras que la suerte y el paradero de los restos del desaparecido siga sin aclararse, al ser una consecuencia de la persistencia del carácter de las desapariciones forzadas” (párrafo 4).

Por consiguiente, la AEDIDH reiteró que España debe honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular, recordó que se debe derogar la Ley de amnistía de 1977; que se deben adoptar medidas legislativas para asegurar que los tribunales de justicia españoles reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; que se ratifique la Convención de las NU de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; y que se constituya una comisión de la verdad de personas expertas independientes, capaz de

³⁸ La declaración de la AEDIDH está disponible en: http://ris.brahead.org/temas/guerra-civil-y-franquismo/comunicados_y_pronunciamientos/12demarzode2012

restablecer la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, y de formular recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.

En relación a la obligación internacional de España de investigar los casos pendientes de esclarecimiento de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, la AEDIDH reiteró que las víctimas y sus familiares deben poder ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que significa que el Estado debe facilitar la investigación judicial de los casos pendientes, identificar a los responsables y auxiliar, con todos los medios a su alcance, a los familiares que deseen localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos.

Si el GTDFI persistiera en su incompetencia *ratione temporis* para conocer de las desapariciones ocurridas en España a partir de 1936 por razones de simple oportunidad política, incurriría en contradicción con sus comentarios generales de 2010 y 2011 y con la propia Declaración de 1992³⁹. Por tanto, la AEDIDH solicitó de nuevo al GTDFI que se declarase competente para conocer de los casos pendientes de esclarecimiento que le han sido oportunamente denunciados por las Asociaciones de Recuperación de la Memoria Histórica, en especial la catalana.

Por último, la AEDIDH pidió que el Estado fuera instado a conceder a las víctimas y sus familias la justicia y la total reparación e invitó de nuevo al GTDFI a realizar una visita oficial a España, toda vez que no se han producido avances significativos en nuestro país desde 2008.

³⁹ Cfr. VILLÁN DURÁN, Carlos, *La contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España*. Ginebra, agosto de 2012, cit. *supra* nota 28, p. 15.

2.— Comité de Derechos Humanos

La AEDIDH formuló sendas declaraciones orales el 7 de julio de 2008⁴⁰ y el 13 de octubre de 2008⁴¹ en Ginebra ante el Comité de Derechos Humanos, con motivo del examen del quinto informe periódico de España en aplicación del PIDCP⁴². Tales declaraciones actualizaron el informe escrito que previamente había sometido la AEDIDH a la consideración del Comité DH, en el que se analizaba la cuestión de las desapariciones forzadas y otros crímenes contra la humanidad, que fueron perpetrados en España durante la guerra civil (1936-1939) y la subsiguiente dictadura franquista (1939-1975)⁴³.

En sendas declaraciones la AEDIDH denunció al Comité DH que el territorio español estaba sembrado de fosas y enterramientos clandestinos de miles de opositores a la dictadura franquista. En las pocas ocasiones en que sus familiares habían tratado de localizar y exhumar los restos de sus seres queridos, se encontraron con todo tipo de obstáculos judiciales, administrativos y policiales.

Como esta situación de desidia administrativa y política se había prolongado durante todo el período de transición política de la dictadura a la democracia, un importante número de Asociaciones para la Recuperación de la Memoria Histórica presentaron el 15 de diciembre de 2006 una denuncia ante la Audiencia Nacional, recayendo por reparto en la competencia del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional. El magistrado B. Garzón solicitó el 1º de septiembre de 2008 toda la información disponible sobre los desaparecidos a los poderes públicos, iglesia católica, archivos históricos, ayuntamientos y familiares de las víctimas, con el objeto de establecer un censo de personas desaparecidas durante la guerra civil y la posterior represión franquista. Solamente respondieron los familiares de las

⁴⁰ Figura en www.aedidh.org/sites/default/files/DelaracionAEDIDH_5informeperiodicoEspJulio08.pdf

⁴¹ V. www.aedidh.org/sites/default/files/DelaracionAEDIDH_5informeperiodicoEspOctubre08.pdf

⁴² España es Estado parte del PIDCP: BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977. En vigor para España desde el 27 de julio de 1977.

⁴³ AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit. supra nota 3. Como ya se ha indicado, el citado informe también había sido puesto a la disposición del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, a pedido de la Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del Franquismo.

víctimas y sus Asociaciones, que le entregaron una lista de más de 146.000 personas, la mayoría de ellas desaparecidas o ejecutadas.

La AEDIDH calificó estos hechos conforme al DIDH. Según el art. 1 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana, es una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y una violación grave de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados en otros instrumentos internacionales pertinentes.

Es de resaltar además que el 24 de septiembre de 2009 entró en vigor para España la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, cuyo artículo 5 afirma la imprescriptibilidad de las desapariciones forzadas que, por sistemáticas y generalizadas, constituyen un crimen de lesa humanidad.

De otro lado, se señalaron los *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*⁴⁴. Tales principios reconocen el derecho de las víctimas de esas violaciones a obtener reparación como parte del derecho a un recurso efectivo, lo que es aplicable a las víctimas de las atrocidades que se produjeron en España en el pasado.

Entre los recursos que se ofrecen a las víctimas, figura el derecho a conocer la verdad sobre las violaciones ocurridas y a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva. En materia de desapariciones, las víctimas tienen derecho a reclamar del Estado la investigación de los casos pendientes de aclaración.

La Ley española 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*, más conocida como “Ley de la memoria histórica”, otorgó ciertas reparaciones a las víctimas de los citados crímenes de lesa humanidad, por lo que constituyó un primer paso positivo en la recuperación de la memoria histórica. Sin embargo, no fue suficiente para las víctimas y sus familiares, porque no reconoció la obliga-

⁴⁴ Aprobados por la resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General.

ción internacional del Estado de investigar el paradero de los miles de desaparecidos durante los años de la guerra civil y posterior dictadura franquista.

Por consiguiente, la AEDIDH instó a España ante el Comité DH a honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular solicitó, al igual que en su día hiciera ante el GTDFI: que se derogue la Ley de amnistía de 1977; que se adopten medidas legislativas para asegurar que los tribunales de justicia españoles reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad: que se ratifique urgentemente la Convención de las NU de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; que se constituya una comisión de la verdad compuesta de expertos independientes; que se cumpla con la obligación internacional de investigar los casos pendientes de desaparición forzada de personas durante la guerra civil y posterior represión franquista; y que se adopten medidas concretas de protección a favor de los defensores de derechos humanos y familiares de las víctimas de desapariciones forzadas⁴⁵.

Las alegaciones de la AEDIDH fueron ampliamente aceptadas por el Comité DH en sus observaciones finales relativas al quinto informe periódico de España, adoptadas el 30 de octubre de 2008⁴⁶. En relación con las desapariciones, el Comité DH recordó que “los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles”. Señaló además que, conforme a su observación general n° 20 (1992) relativa al art. 7 del PIDCP, “las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto”. También invocó su observación general n° 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el PIDCP. En consecuencia, el Comité DH recomendó a España:

- a) “Considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977;
- b) Tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales;

⁴⁵ V. www.aedidh.org/sites/default/files/DelaracionAEDIDH_5informeperiodicoEspJulio08.pdf, pp. 6-7.

⁴⁶ *Cfr.* doc. A/64/40 (vol. I) (2009), pp. 39-43.

- c) Prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; y
- d) Permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas⁴⁷.

En cuanto al derecho a un recurso efectivo, la observación general n° 31 del Comité DH precisó que el art. 2.3 del PIDCP “requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados”. Además de la “reparación explícita”, el Comité DH consideró que el PIDCP comprende por lo general una “indemnización adecuada”. Si procede, “la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos”⁴⁸.

Por lo que la AEDIDH entendió que la reparación es mucho más que el reconocimiento de una simple indemnización a las víctimas, insuficiente por sí sola para brindar un recurso efectivo y una reparación adecuada a las víctimas de las violaciones que se denunciaron⁴⁹.

Cuatro años después, las recomendaciones contenidas en las observaciones finales relativas a España, así como las observaciones generales del Comité DH citadas, continúan siendo rechazadas por el Gobierno español, amparándose formalmente en la vigencia de la Ley de amnistía de 1977.

⁴⁷ Cfr. Doc. A/64/40 (vol. I), *cit.*, p. 40, párr. 9.

⁴⁸ Comité DH, observación general n° 31, “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes del Pacto”, 80° período de sesiones, 29 de marzo de 2004, párr.16.

⁴⁹AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, *cit. supra* nota 3, p. 15.

3.— Comité contra la Tortura

La AEDIDH compareció ante el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura (en adelante: Comité CT) en Ginebra el 11 de noviembre de 2009, en la fase final del examen del quinto informe periódico de España en aplicación de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*⁵⁰. Previamente, se habían hecho llegar al Comité CT seis documentos en los que la AEDIDH había informado sobre los numerosos aspectos que le causaban preocupación en relación a la aplicación correcta de la Convención en España⁵¹.

Sobre la recuperación de la memoria histórica en España, la AEDIDH se refirió a La Ley española 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*, por la que se otorgaron ciertas reparaciones a las víctimas de los citados crímenes contra la humanidad, por lo que constituyó un primer paso positivo en la recuperación de la memoria histórica. Sin embargo, no fue suficiente para las víctimas y sus familiares, porque no reconoció la obligación internacional del Estado de investigar el paradero de unas 150.000 personas desaparecidas —incluidos 30.000 niños secuestrados— durante la Guerra Civil española y la posterior represión franquista.

La AEDIDH afirmó que la denegación de justicia a los familiares de las víctimas de las desapariciones supone un trato cruel e inhumano continuado en el tiempo, incompatible con el art. 16 de la Convención, ya que la imposibilidad de localizar y exhumar los restos de sus seres queridos produce en los familiares una “tensión mental” o “angustia intensa”, que se incrementan con el paso de los años.

Por consiguiente, la AEDIDH instó al Comité CT a solicitar a España que honrara sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular, solicitó que se investigaran los casos pendientes de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista. En este sentido, el Estado debe auxiliar, con todos los medios a su

⁵⁰ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. España es Estado parte (BOE n° 268, de 9 de noviembre de 1987).

⁵¹ Disponibles en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/cats43.htm>.

alcance, a los familiares que deseen localizar, exhumar e identificar los restos de los desaparecidos, y terminar así con la situación de maltrato que los familiares sufren permanentemente a consecuencia de la continuada denegación de la tutela judicial efectiva.

La AEDIDH también solicitó que el Comité CT se pronunciara sobre la Ley de amnistía de 1977, de modo que esta no pueda seguir aplicándose para dejar impunes graves violaciones de los derechos humanos, en particular los crímenes de lesa humanidad, incluidas las desapariciones forzadas de personas o las torturas y malos tratos, crímenes internacionales que son imprescriptibles conforme al DIDH. Por último, también reclamó que se establezca por ley una comisión de la verdad compuesta de personas expertas independientes, que tenga por mandato la recuperación de la memoria histórica sobre las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la guerra civil española y la posterior represión franquista.

La argumentación de la AEDIDH fue ampliamente recogida por el Comité CT. En efecto, en sus observaciones finales al término del examen del quinto informe periódico de España, adoptadas el 19 de noviembre de 2009⁵², el Comité CT reconoció que “la Convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de amnistía de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley”. No obstante, el Comité CT reiteró 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”. También alentó a España “a continuar e incrementar sus esfuerzos para ayudar a las familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, identificarlos y obtener las exhumaciones de sus restos, siempre que sea posible”. Y reiteró que, de acuerdo al artículo 14 de la Convención, España “debe asegurar la reparación y el derecho a una indemnización a toda víctima de actos de tortura”⁵³.

El Comité CT también manifestó su preocupación por que el crimen de tortura, entendido de manera autónoma y contemplado en el artículo 174 del

⁵² A/65/44 (2010), pp. 55-63.

⁵³ A/65/44 (2010), *cit.*, pp. 60-61, párr. 21.

CP, “prescriba en el plazo máximo de 15 años, mientras que es imprescriptible sólo si es constitutivo de un crimen de lesa humanidad, es decir, cuando es cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella (artículo 607 *bis* del Código Penal)”. Por lo que el Comité recomendó a España que asegure “la imprescriptibilidad de la tortura en todo caso”⁵⁴.

Por otro lado, la AEDIDH también informó al Comité CT sobre la reforma del art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial (LOPJ), que recogía el principio de jurisdicción universal absoluta para la represión, *inter alia*, de los crímenes de tortura. La Ley orgánica n° 1/2009, de 3 de noviembre, restringió seriamente la competencia de los tribunales españoles en el ejercicio de la jurisdicción universal. A partir de entonces sólo pueden perseguirse a los presuntos criminales (i) si estos se encuentran físicamente en España; (ii) si existen víctimas de nacionalidad española; (iii) si existe algún vínculo de conexión relevante con España; y (iv) en todo caso, siempre y cuando en otro país competente o ante un tribunal internacional no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de los hechos.

En definitiva, la AEDIDH consideró que la reforma abrió espacios de impunidad y fraude de ley que son contrarios al art. 2 de la Convención, que prohíbe el uso de la tortura en cualquier circunstancia. Por consiguiente, instó a España a restablecer la jurisdicción universal conforme a la redacción original del art. 23.4 de la LOPJ.

El Comité CT también fue sensible a los argumentos de la AEDIDH en esta ocasión, pues pidió a España que la Ley orgánica 1/2009, de 3 noviembre, “no obstaculice el ejercicio de su jurisdicción sobre todos los actos de tortura de acuerdo con los artículos 5 y 7 de la Convención y en particular con el principio de *aut dedere aut judicare* contenido en los mismos”⁵⁵.

Es de lamentar una vez más que, casi tres años después de adoptadas las referidas observaciones del Comité CT respecto a España, nuestro país no

⁵⁴ A/65/44 (2010), *cit.*, p. 61, párr. 22.

⁵⁵ A/65/44 (2010), *cit.*, p. 59, párr. 17.

haya tomado ninguna medida efectiva en la dirección indicada tanto por el Comité CT como por la sociedad civil⁵⁶.

IV.— LA FALTA DE VOLUNTAD DEL ESTADO ESPAÑOL PARA PROPORCIONAR COMPLETA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS

La AEDIDH considera que España ha acreditado reiteradamente que carece de la voluntad necesaria para cumplir sus obligaciones internacionales en la materia y que, si fuesen respetadas, darían satisfacción al derecho a reparación que las víctimas de crímenes internacionales tienen reconocido en el DIDH. Los poderes públicos —ejecutivo, legislativo y judicial— se escudan formalmente en la vigencia de la Ley de amnistía de 1977 para oponerse al cabal cumplimiento de esas obligaciones. Complementariamente, han recurrido a diversas iniciativas jurídicas con las que blindar una decisión contraria al DIDH. Exponemos seguidamente algunas de ellas.

1.— En primer lugar, conviene referirse a **la inacción legislativa**, que no es sino el trasunto de la pasividad de las sucesivas mayorías parlamentarias —desde que los crímenes llegaron en 2006 al ámbito judicial— para ofrecer de una vez una solución justa y completa a las víctimas de los crímenes cometidos entre 1936 y 1977. El vigente CP español se reformó —en virtud de la Ley Orgánica 15/2003— a fin de tipificar los crímenes de lesa humanidad y establecer que tanto el delito como sus penas son imprescriptibles⁵⁷. Sin embargo, mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial”, se modificó el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). En esta reforma —promovida con inusitada urgencia a instancias del Congreso de los Diputados⁵⁸— se acordó la reducción del alcance del principio de jurisdic-

⁵⁶ Cfr. VILLÁN DURÁN, Carlos, *La contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España*, cit. supra nota 28, p. 21.

⁵⁷ Cfr. los arts. 607 bis y 131.4 y 133.2 del CP.

⁵⁸ Mediante resolución de 19 de mayo de 2009, el Congreso de los Diputados instó al Gobierno a “Promover con urgencia la reforma del artículo 23 de la LOPJ, a fin de limitar y clarificar el alcance del principio de jurisdicción universal penal, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; es decir, deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existan víctimas de nacionalidad española y, en todo caso, que en el país del lugar donde se cometieron los hechos delictivos, o en el seno de un Tribunal internacional, no se ha iniciado causa penal que suponga una investigación y una persecu-

ción universal por el que, hasta entonces, se venía atribuyendo a la jurisdicción española la competencia para conocer de los delitos previstos en ese artículo (entre otros, el genocidio y cualquier otro delito que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España) con independencia del lugar de comisión y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva en base a que afecta a bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional en su conjunto.

A partir de la reforma de 2009, ciertamente se incorporan los crímenes de lesa humanidad entre aquellos que quedan cubiertos por el principio de competencia judicial universal de los tribunales españoles. Pero se cercena considerablemente el alcance de este principio como consecuencia de distintos criterios⁵⁹. Así, lo que creemos determinante a efectos de este primer argumento es que, cuando el poder legislativo ha querido actuar movido por “presuntas” razones de urgencia para recortar el alcance de la jurisdicción universal, lo ha hecho con la celeridad que ha considerado necesaria. En cambio, dejando aparte la insuficiente Ley de Memoria Histórica — aprobada en 2007 y que, como hemos expuesto no colma todas los elementos necesarios para satisfacer plenamente el derecho a la reparación justa y adecuada—, la mayoría del Parlamento español no ha actuado para aprobar una Ley que ponga debidamente punto final, conforme al DIDH, a las atrocidades de un pasado que continúa siendo una ignominia, cuando ya pasaron casi cuatro décadas desde la muerte del dictador.

Es llamativo constatar el sinsentido de que la Audiencia Nacional (AN) tenga competencia atribuida por el art. 65 de la LOPJ para conocer en el orden penal de distintos delitos en razón de cometerse o producir sus efectos en distintos partidos judiciales, o bien por causar lesiones a una generalidad de personas en más de un partido judicial; mientras que, en cambio, se preten-

ción efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreeserá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.”.

⁵⁹ En efecto, actualmente el art. 23.4 de la LOPJ exige que “deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles” Asimismo, “el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreeserá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados” en otro país o Tribunal internacional que fueren competentes.

da continuar con la idea de que los crímenes de lesa humanidad cometidos a lo largo y ancho de todo el territorio nacional durante la Guerra Civil y la dictadura —fruto de un plan sistemático y generalizado, concebido para destruir y eliminar a los defensores de la legalidad constitucional— deban quedar bajo la competencia de los juzgados territoriales, esto es, del lugar donde se cometió cada uno de los crímenes individuales (juzgados de instrucción y audiencias provinciales). De manera inconsistente y contradictoria, no se reconoce la competencia al mismo órgano judicial que la tiene (AN) cuando los crímenes contra la humanidad son cometidos fuera del territorio español.

2.— En segundo término, España mantiene una posición ambigua respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, lo que demuestra, a nuestro juicio, su falta de voluntad para investigar los hechos litigiosos y otorgar reparación plena a las víctimas. Aunque España es parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) que proclama la imprescriptibilidad de los crímenes que son de su competencia (art. 29 del Estatuto) y aunque otro tanto se establece en el CP español (art. 131.4 y 133.2), España no es parte ni en la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968 (vigente desde el 11 de noviembre de 1970), ni en la Convención del Consejo de Europa sobre imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra firmada en Estrasburgo, de 25 de enero de 1974 (en vigor desde el 27 de junio de 2003). Ni la una ni la otra fueron siquiera firmadas por España, pese a que el Gobierno, en el Plan Nacional de Derechos Humanos aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008, anunció como medida n° 2 para el ámbito de las Naciones Unidas, que procedería a la firma y ratificación de la Convención de 1968⁶⁰. El incumplimiento de tal compromiso político solamente puede tener como finalidad cubrir de legalidad formal los efectos criticables de una Ley de amnistía de 1977 que es incompatible con el DIDH.

Así, la Convención europea obliga a las partes a adoptar todas las medidas necesarias para que ni el enjuiciamiento de ciertos delitos ni la ejecución de las penas correspondientes se beneficien de la prescripción, incluso respecto a crímenes cometidos antes de la entrada en vigor de esa Convención, siem-

⁶⁰ V. *Plan Nacional de Derechos Humanos. Gobierno de España*, p. 10, medida 2. El PNDH español es accesible en www2.ohchr.org/english/issues/plan_actions/docs/Spain_NHRAP.pdf.

pre que sean imprescriptibles. Es interesante advertir la causa de la reticencia española por lo que se refiere al segundo tratado: entre los crímenes imprescriptibles se encuentra cualquier violación de las leyes de la guerra vigentes en la fecha de aplicación de la Convención Europea, así como toda violación de las costumbres de la guerra existentes en ese momento y que no fueron recogidas expresamente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, incluida la Convención relativa a la protección de los civiles en tiempo de guerra⁶¹.

Es también notable comprobar que, conforme a la Convención de 1968, son imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg —confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946—, y el delito de genocidio “aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

Además, si España deviniera parte en ese tratado internacional, estaría obligada a adoptar las medidas legislativas o de otra índole necesarias para: a) asegurar que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a tales crímenes y b) hacer posible la extradición de los representantes de la autoridad del Estado y los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiran para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como de los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración⁶².

3.— En tercer lugar, nos preocupa igualmente que se quiera mantener **la vigencia y aplicabilidad de la Ley de amnistía de 1977** y, por tanto, amparar a toda costa la impunidad de los crímenes cometidos entre 1936-1977, incluso al precio de incumplir las obligaciones internacionales que España tiene en esa materia. Así por ejemplo, en respuesta al auto del exmagistrado Garzón de 16 de octubre de 2008, por el que este afirmó su compe-

⁶¹ Cfr. los arts. 1.2b) y 2.2 de la Convención europea sobre imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra.

⁶² Cfr. los arts. I.b), III y IV de la Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

tencia para investigar los hechos litigiosos, el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional impugnó tan solo cinco días más tarde el referido auto ante la Sala de lo Penal de la propia Audiencia Nacional, sosteniendo la aplicabilidad de la controvertida Ley de amnistía y negando a los miles de casos de desapariciones forzadas pendientes de esclarecimiento su condición de crímenes continuados o permanentes. El Fiscal argumentó que:

«... todas las infracciones penales que se denuncian se incluyen sin excepción bajo la cobertura de la Ley de Amnistía. **Este mecanismo de extinción de la responsabilidad criminal es aplicable igualmente a los casos de detención ilegal con desaparición, erróneamente considerados por el Instructor como delitos permanentes mientras no sea hallado el cuerpo**, ya que respecto a los mismos el apartado II del art. 1 [de la Ley de Amnistía] no ofrece margen a la duda: se considera como momento de ejecución del acto el del inicio de la actividad criminal, es decir, el momento en el que se produjo la detención ilegal siendo indiferente a estos efectos que el cuerpo no haya aparecido (...)

Cabe señalar, además, que pese a su condición de ley preconstitucional y a su eficacia temporal, pues sus efectos dejaron de producirse, en parte, en el año 1978, al entrar en vigor la Constitución Española, la norma tuvo plena efectividad y vigencia jurídica hasta ese momento, con aplicación a situaciones nacidas con anterioridad a su vigencia y que no habían producido efectos jurídicos en el momento de su entrada en vigor. Esto es lo que constitucionalmente se llama retroactividad tácita o aplicación inmediata de las normas jurídicas, que aplicado al caso supondría la aplicación a un hecho jurídico —ilícito penal cometido no perseguido hasta la fecha y con posibles responsabilidades no extinguidas— de una consecuencia jurídica inmediata: la extinción de la responsabilidad penal una vez entrada en vigencia. Es decir, que **aun en el supuesto de que se considerara el dato de la desaparición física de la persona como elemento que determinara la inexistencia de la extinción de la responsabilidad civil por prescripción, ello también implicaría la aplicabilidad de la ley de Amnistía a estos delitos, toda vez que precisamente, se encaminaba a acabar con las posibles responsabilidades pendientes** en el momento de los hechos. (...)

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 estas 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”.⁶³

Por su parte, el mismo Gobierno español —ante las anteriormente referidas observaciones finales de 30 de octubre de 2008 del Comité DH en las que recomendó a España, entre otras medidas, que debía “considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977”⁶⁴—, se limitó a formular objeciones que eludían deliberada e indebidamente la cuestión de fondo, haciendo las consideraciones siguientes:

«... el Comité de Derechos Humanos no explicita en virtud de qué disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos realiza estas recomendaciones. **El Estado español no acierta a ver en qué medida entran dichas recomendaciones dentro del mandato del Comité.** Además, cabe destacar que el Estado español no ha podido ejercer su derecho a réplica sobre todos los aspectos que contiene el párrafo 9 en el marco del actual proceso de examen.

8. Cualquier Estado sujeto a un proceso de examen internacional debe poder responder a aquellas cuestiones sustantivas que vayan a formar parte de una recomendación final. En particular, durante el presente procedimiento, el Comité no ha transmitido consideración, duda o pregunta alguna sobre la derogación de la Ley de Amnistía. El Comité se limitó, únicamente en la fase oral, a realizar algunas preguntas sobre los procedimientos en curso ante la Audiencia Nacional en relación con los desaparecidos así como sobre la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

9. El Estado español también quisiera resaltar que **el Comité está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España.** La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. Además, no sólo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es concedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley.

10. Por estos motivos, el Estado español lamenta la inclusión de este punto en las observaciones del Comité, considerando que **se han cometido disfunciones procesales en términos de competencia** (ausencia de referencia a la disposición pertinente del Pacto), proceso debido (ausencia de oportunidad de defensa en el procedimiento).

⁶³ Escrito de impugnación del Sr. Javier Alberto Zaragoza Aguado, Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, de 21 de octubre de 2008, pp. 16-19 (la negrita es nuestra).

⁶⁴ *Cfr.* doc. A/64/40 (vol. I), *cit.*, p. 40, párr. 9.

to) y determinación de los hechos (desconocimiento del origen y significación social de la Ley de Amnistía).»⁶⁵

Con esa respuesta, el Gobierno desestimó los argumentos jurídicos de fondo empleados por el Comité DH para fundamentar su preocupación por el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía. Además, el Comité DH recordó a España que

«(...) los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus Observaciones generales N° 20 (1992), relativa al artículo 7, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y N° 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto»⁶⁶.

Asimismo, cuando el Comité CT preguntó a España por la Ley de amnistía y expresó igualmente su preocupación por el mantenimiento en vigor de dicha Ley⁶⁷, el Gobierno —si bien recordó que «en nuestro ordenamiento jurídico, la prescripción no se aplicará a aquellos actos constitutivos de crímenes contra la humanidad o genocidio, sin que entre en consideración la posible aplicación de la Ley de amnistía»— reiteró su defensa de la controvertida Ley diciendo, entre otras cosas que:

«(...) la Ley de amnistía de 1977 constituye una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. De hecho, no solo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es conocedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley.

(...) En tercer lugar, en relación con un posible conflicto de la Ley de amnistía con las obligaciones que el Estado español tiene bajo el artículo 5 de la Convención contra la Tortura, en el sentido de establecer jurisdicción sobre el crimen de tortura, y enjuiciar o extraditar individuos acusados de infligir actos de tortura, cabe señalar que la Convención contra la Tortura fue adoptada y abierta a la firma el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley. Dicho lo cual, deben

⁶⁵ Doc. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, de 26 de enero de 2009, pp. 2-3 (negrita nuestra).

⁶⁶ *Cfr.* Doc. A/64/40 (vol. I), *cit.*, p. 40, párr. 9.

⁶⁷ V. doc. CAT/C/ESP/Q/5, de 24 de julio de 2009, párr. 14, p. 4.

destacarse, no obstante, los esfuerzos realizados estos últimos años por el Estado español en relación con las víctimas de la guerra civil y la dictadura. (...)

(...) Ahora bien, la inaplicación de la prescripción por la Ley de amnistía de 1977 frente a los delitos de tortura que hayan supuesto “violencia grave contra la vida o integridad de las personas” opera respecto de los hechos cometidos entre el 15 de junio de 1976 y el 15 de diciembre de 1977; respecto de los anteriores a la primera de estas fechas, rige el apartado a) del artículo 1 de la referida ley, carente de salvedad alguna»⁶⁸

El razonamiento utilizado por el Gobierno es incluso inconstitucional, pues ignora la primacía de obligaciones internacionales tan importantes (*ius cogens*) como las que contiene la Convención contra la Tortura y que, conforme a la Constitución Española y en caso de conflicto entre las normas del DI y las leyes internas, debe proceder a la inaplicación de estas últimas para privilegiar la de las obligaciones asumidas en virtud de los tratados internacionales vigentes para España⁶⁹.

En consecuencia, el Comité CT formuló unas observaciones finales críticas con la Ley de amnistía, reclamando al Estado el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de reparación, sin que esta vez —a diferencia de lo acontecido con el Comité DH— hubiese réplica gubernamental. El Comité afirmó:

«Si bien toma nota de que el Estado parte señaló que la Convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de Amnistía de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley, el Comité quiere reiterar 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. El Comité además ha recibido distintas interpretaciones sobre el apartado c) del artículo primero de la Ley de amnistía —que prevé que la amnistía no se aplicará si los actos han “supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”— en el sentido de que el mismo excluiría en todo caso la tortura de los delitos amnistiados (artículos 12, 13 y 14).

El Estado parte debería asegurar que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía. Al respecto, el Comité alienta al Estado parte a continuar e incrementar sus esfuerzos para ayudar a las familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, identificarlos y obtener las exhumaciones de sus restos, siempre que sea posible. Asimismo, el Comité

⁶⁸ Doc. CAT/C/ESP/Q/5/Add.1, de 22 de septiembre de 2009, párrs. 164-170, pp. 37-38.

⁶⁹ Así resulta principalmente del artículo 96.1 de la CE.

reitera que, de acuerdo al artículo 14 de la Convención, el Estado parte debe asegurar la reparación y el derecho a una indemnización a toda víctima de actos de tortura.»⁷⁰

Ante otra instancia internacional (GTDFI), el Gobierno también trató de diluir su responsabilidad en su respuesta de 26 de febrero de 2009. En efecto, al responder a las alegaciones de la AEDIDH que el GTDFI le había transmitido, el Gobierno consideró desacertadamente que:

«En cuanto a la Ley de amnistía, (...) si bien la ley prevé la amnistía, en determinados casos, como forma de extinción de la responsabilidad penal, es necesario diferenciar la amnistía del indulto, que es el perdón de la pena impuesta por sentencia condenatoria al término de un procedimiento penal. También hay que distinguir entre amnistía y prescripción, por cuanto esta última se fundamenta en el transcurso del tiempo como obstáculo para castigar si se aplican racionalmente los principios de certeza e inmediación en el juicio penal. La prescripción no es un perdón, sino la renuncia por razones pragmáticas a castigar un delito, la resignación del poder público ante la inoperatividad de la respuesta penal a causa del transcurso del tiempo.

(...) No puede ni debe tampoco confundirse la Ley de amnistía con las denominadas “leyes de punto final”. Además, conforme al artículo 9 de la Ley de amnistía, su aplicación, en cada caso, competirá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales competentes que son las que caso por caso resolverán en última instancia de acuerdo con las leyes procesales en vigor. La investigación de las desapariciones forzadas se ha realizado siempre que haya sido instada por los interesados, y no se haya dictado ninguna resolución fundada en la Ley de amnistía.»⁷¹

Más grave nos parece que el Tribunal Supremo confirme la aplicabilidad de la denostada Ley de amnistía al considerar que los crímenes han prescrito o bien han sido amnistiados, se oponga al carácter continuado o permanente de las desapariciones masivamente cometidas a partir de 1936, o que se refiera interesadamente a la irretroactividad del PIDCP para oponerse a la investigación de crímenes que subsisten en el tiempo: las miles de desapariciones forzadas que, aunque perpetradas antes de la entrada en vigor del PIDCP para España, son crímenes de lesa humanidad de carácter permanente mientras no se identifique su paradero. Así resulta de la sentencia de la sala de lo Penal de 27 de febrero de 2012:

⁷⁰ Doc. CAT/C/ESP/CO/5, de 9 de diciembre de 2009, párr. 21, p. 8.

⁷¹ Doc. A/HRC/31, de 21 de diciembre de 2009, párrs. 487-488, p. 95.

«PRIMERO. (...). Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados.

SEGUNDO. En nuestro sistema de enjuiciamiento penal es preciso tener en consideración las causas de extinción de la responsabilidad penal. En determinados casos, el legislador ha dispuesto que, pese a la posible existencia de un hecho que reviste caracteres de delito, **la responsabilidad penal no puede ser declarada. Son los previstos en el art. 130 del Código penal (...),** esto es y en lo que ahora interesa, la muerte del reo y la prescripción del delito; **también la amnistía,** según estaba previsto en el art. 112.3 del Código penal de 1973 (...). Se trata de supuestos en los que el Estado, a través de la ley, dispone limitaciones a la actuación jurisdiccional por extinción de la responsabilidad penal.

TERCERO. (...) 2.- En segundo término, hemos de referirnos a la prescripción de los delitos. Recordemos que los hechos objeto de la indagación judicial se remontan a la guerra civil, de 1936 a 1939, y continúan durante la posguerra hasta 1952. Las diligencias penales se originan en 2006 por lo que han transcurrido entre 54 y 70 años, tiempo que supera con creces el de la prescripción señalado en el art. 131 y siguiente del Código penal. (...)

(...) Por otra parte, la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. (...)

3.- (...) Ciertamente, la obligación de los Estados de perseguir las violaciones constitutivas de delitos contra la humanidad aparece impuesta, de manera clara y precisa, con la promulgación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, (...) con una previsión clara sobre su ámbito temporal de actuación a los delitos cometidos “después de la entrada en vigor del presente Estatuto” (art. 11). Con anterioridad, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (...) ratificado por España en 1977, los Estados se comprometieron a disponer recursos efectivos para la persecución de las vulneraciones a los derechos reconocidos (art. 2.3 del Pacto y en el mismo sentido el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...)). **Una ley de amnistía, que excluya la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho. Ahora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto y el Convenio,** y así lo ha interpretado el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones (véanse, las resoluciones 275/1988 y 343, 344 y 345 de 1988 en las que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recuerda que el Pacto “no puede aplicarse retroactivamente”).»⁷²

⁷² STS núm. 101/2012 de 27 febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª), FJ 1, 2 y 3 (negrita nuestra). Esta posición del TS español se mantiene incólume en el Auto del TS de 28 de marzo de 2012, en el que

Prueba de nuestra crítica al TS cuando este recurre interesadamente a la jurisprudencia del Comité DH, es que este último —si bien se ha inclinado por proclamar la inadmisibilidad *ratione temporis* de las comunicaciones o denuncias de desapariciones acaecidas antes de que el Estado demandado se convirtiera en Parte en el PIDCP (o, eventualmente, en su Protocolo facultativo)—, sin embargo no aplica tal inadmisibilidad si los hechos denunciados revelan violaciones *posteriores* del Pacto, cosa que omite el TS español. A esos efectos, es ilustrativa precisamente una de las decisiones de inadmisibilidad del Comité DH que el TS menciona: la referida al caso *R.A.V.N. y Otros c. Argentina*. Aunque el Comité DH constató que «los casos de desaparición y muerte, que podrían haber constituido violaciones de diversos artículos del Pacto, y respecto de los cuales podrían haberse interpuesto recursos, se produjeron antes de la entrada en vigor para la Argentina del Pacto y del Protocolo Facultativo», enfatizó sin embargo la obligación de investigar violaciones continuadas o permanentes al señalar que:

«... en relación con violaciones que hubieran tenido lugar o siguieran produciéndose después de la entrada en vigor del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de inves-

puede leerse lo siguiente: «(...) en este momento hay que estar: (...) b) A que (...), por la fecha de iniciación de tales causas, las acciones criminales sobre las que versan deben considerarse prescritas, a tenor de lo previsto en los arts. 131 y 132 CP. Es así, debido, de una parte, a que el delito de detención ilegal de carácter permanente sin dar razón del paradero de la víctima, presente en el Código Penal de 1928, desapareció en el de 1932, para ser reincorporado al de 1944, de modo que no estuvo vigente durante la mayor parte del tiempo en que tuvieron lugar las acciones que se trataría de perseguir. De otra, porque, como se dice en la STS 101/2012, el argumento de la permanencia del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936, carece de plausibilidad. Y, en fin, porque, aun admitiendo razonablemente —según también allí se dice— que, por la imposibilidad para los familiares de los afectados de instar la persecución de esos delitos durante la dictadura, hubiera que posponer el inicio del cómputo de la prescripción a la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, incluso en este supuesto, el plazo de de 20 años, habría transcurrido en todo caso. c) A que la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía —por lo razonado en la STS 101/2012, que la considera confirmada recientemente en su contenido esencial por el acuerdo del Congreso de los Diputados de 19 de julio de 2011, que rechazó la proposición de ley dirigida a modificarla— forma parte del ordenamiento vigente. Por ello, porque a tenor de lo que dispone su art. 6, la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que pudieran imponerse; y porque, conforme a su art. 9, será aplicable cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso, no podría dejar de proyectar sus efectos sobre los hechos a que se refieren las denuncias que están en el origen de las actuaciones en las que se han suscitado las cuestiones que ahora se decide.». RJ 2º del Auto del TS (Sala de lo Penal) de 28 de marzo de 2012 resolviendo la cuestión de competencia suscitada entre el Juzgado Central de Instrucción nº 5 y el de igual clase nº 3 de Granada (D. Previas 3209/09) y nº 2 de San Lorenzo del Escorial (D. Previas 427/09).

tigar las violaciones denunciadas y de proporcionar recursos legales a las víctimas o sus familiares a cargo, según proceda»⁷³

Y eso precisamente sucede en el dictamen del Comité de DH relativo al caso *Sankara y Otros c. Burkina Faso*, en el que el Comité DH examinó la queja por la muerte controvertida del presidente del país —ocurrida en 1987, sin posterior localización de su cadáver— antes de la entrada en vigor del Pacto y su primer Protocolo Facultativo para dicho país (1999). El Comité DH re-tuvo los fallos en la investigación del país demandado, que se produjeron después de la fecha crítica, para lo cual recordó que

«... no podía examinar violaciones que se hubieran cometido antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte, a menos que dichas violaciones se hubieran seguido cometiendo (violaciones persistentes) después de la entrada en vigor del Protocolo. Una violación persistente es aquella que perpetúa, por actos o de manera implícita, después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo ciertas violaciones cometidas anteriormente por el Estado Parte. El Comité tomó nota de los argumentos de los autores, en primer lugar sobre el hecho de que las autoridades no hubieran investigado la muerte, de notoriedad pública, de Thomas Sankara ni entablado acción judicial contra los culpables —denuncias que por otra parte no habían sido refutadas por el Estado Parte— lo cual vulneraba sus derechos e incumplía las obligaciones impuestas por el Pacto a los Estados. En segundo lugar, para remediarlo los autores habían iniciado un procedimiento judicial... dentro del plazo de prescripción de diez años y después de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo Facultativo para Burkina Faso. Ahora bien, contrariamente a lo que argumentaba el Estado Parte, el Comité consideró que el procedimiento se había prolongado, no por un error de procedimiento imputable a los autores, sino por un conflicto de competencia entre las autoridades. Por tanto, en la medida en que según las informaciones presentadas por los autores, las violaciones resultantes de la no instrucción y acción judicial contra los culpables los habían afectado después de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo Facultativo por el hecho de que no se hubiera dado curso hasta la fecha al procedimiento iniciado, el Comité estimó que esta parte de la comunicación era admisible *ratione temporis*»⁷⁴

⁷³ Párrs. 5.3 y 5.4 y de la decisión de inadmisibilidad adoptada para el caso *R.A.V.N. y Otros c. Argentina* (comunicación n° 343/1988), aprobada el 14 de marzo de 1990. Doc. CCPR/C/38/D/343/1988, de 5 de abril de 1990.

⁷⁴ Párr. 6.3. del dictamen relativo al caso *Mariam Sankara y Otros c. Burkina Faso* (comunicación n° 1159/2993), aprobado el 28 de marzo de 2006. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003, 11 de abril de 2006, pp. 14-15 (subrayado nuestro). Confirma esa jurisprudencia del Comité la decisión de no admisibilidad de 28 de julio de 2009, relativa al caso *María Cifuentes Elgueta c. Chile* (comunicación n° 1536/2006), puesto que, si bien el Comité tuvo en cuenta la declaración sobre la competencia temporal formulada por Chile para declarar inadmisibile la queja, dijo sin embargo que «el Protocolo Facultativo no se puede aplicar con carácter retroactivo, a menos que los hechos que den lugar a la reclamación se hayan prolongado más allá de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo... En el presente caso, el

acto original de la privación de libertad y la posterior negativa a informar sobre el paradero del detenido —ambos elementos cruciales del delito o violación— tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte, y aún antes del 11 de marzo de 1990. Asimismo, la autora no menciona ninguna acción del Estado parte que hubiera tenido lugar después de estas fechas y que pueda constituir una prolongación por parte de Chile de la desaparición forzada de su hijo» (párrs. 8.3 y 8.5) (subrayado nuestro). NACIONES UNIDAS, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, 94º, 95º y 96º períodos de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/64/40), NACIONES UNIDAS, Nueva York, 2009, pp. 510-511. Sin embargo, tres miembros del Comité formularon (Christine Chanet, Rajsoomer Lallah y Zonke Majodina) un voto particular disidente manifestando que, «una vez que se ha denunciado la desaparición de una persona, el Estado sigue teniendo, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2, la obligación de proceder a una investigación con diligencia y seriedad para determinar lo que ha ocurrido a dicha persona, cuál es su situación actual como ser humano y si se encuentra viva o muerta (artículo 16), si ha muerto, el Estado sigue teniendo la obligación de llevar a cabo investigaciones eficaces y sostenidas para determinar quién es responsable de su muerte, y si sigue viva, tomar medidas inmediatas para que su vida no corra peligro (artículo 6). El Estado sigue teniendo también la obligación de asegurarse de que dicha persona no ha sido o está siendo sometida a torturas o tratos inhumanos o degradantes (artículos 7 y 10) o a detención arbitraria, o que no ha sido privada de otra forma de su libertad y seguridad (artículo 9). Además, el Estado sigue teniendo la obligación de asegurar que, en su calidad de miembro de una familia como "elemento fundamental de la sociedad" recibe la protección que le deben el Estado y la sociedad (párrafo 1 del artículo 23). En relación con estos derechos, el Estado tiene además la obligación básica (párrafo 3 del artículo 2 y párrafo 18 de la Observación general N° 31 (2004) del Comité) de asegurar, en estas circunstancias, que las actuaciones iniciadas en 1998 ó 2000 sean diligentes, enérgicas y efectivas y que los responsables sean eventualmente, en su caso, puestos a disposición de la justicia para asumir las consecuencias legales de su acción... La desaparición tiene un carácter continuo, debido a las consecuencias que inevitablemente sigue teniendo sobre algunos derechos reconocidos en el Pacto. Esta continuidad de sus consecuencias negativas es independiente del momento en que tuvieron lugar los propios actos que constituyen la desaparición. Las obligaciones del Estado parte en relación con esos derechos inevitablemente continúan. En consecuencia, concluimos que una comunicación en la que se alegan violaciones continuas del Pacto en relación con una presunta víctima excluye la aplicación de la excepción *ratione temporis* y que la comunicación no es inadmisibile por este motivo». *Ibid.*, pp. 512-513.

Otros dos miembros del Comité (Helen Keller y Fabián Salvioli) manifestaron en su voto particular disidente sus discrepancias con la mayoría del Comité. Ambos señalaron que, en cualquier caso, pese a la declaración chilena sobre el alcance temporal de la competencia del Comité, éste retiene la "competencia de la competencia" y es, en consecuencia «2. (...) el único órgano internacional habilitado para realizar la interpretación del instrumento (...); no tiene por qué adherir automáticamente a la interpretación que un Estado realiza del alcance de sus propias reservas, declaraciones o manifestaciones de voluntad. El Comité, como órgano internacional de supervisión, es quien debe evaluar a aquellas y sus efectos jurídicos, a la luz del propósito, objeto y fin de los instrumentos internacionales que aplica (...) 5. Al Comité le corresponde evaluar si dicha "declaración" puede ser considerada o no una reserva, o limitación temporal al ejercicio de su competencia para tramitar casos individuales (...) 7. Las limitaciones a la competencia del Comité para recibir y tramitar comunicaciones individuales están expresamente señaladas en el Protocolo (...) 8. (...) Nada en el Protocolo autoriza a un Estado a realizar "reservas" o "declaraciones" que tengan por objeto restringir la competencia del Comité más allá (...) 12. La desaparición forzada constituye una violación radical de varios derechos contenidos en el Pacto (...). 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 (...) 14. También entendemos que aun haciendo lugar a los efectos de la pretendida

Omitió también el TS español incluir una referencia a la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Varnava y Otros c. Turquía*, en el que el examen de las demandas de des-

“declaración” efectuada por el Estado de Chile, en el presente caso... 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... de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el mismo hayan sido conculcados, pueda interponer un recurso efectivo... 20. (...) 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. (...) 24. El “derecho a la verdad” conlleva, bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a 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. (...) 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” (...) 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 este requiera y realizar las diligencias que les ordene en dicho sentido. Es a la luz de estos criterios que el Comité debió examinar los hechos del caso Cifuentes Elgueta, especialmente si los parámetros exigidos se satisfacen con una investigación colectiva y como consecuencia de las llamadas “leyes de empalme”. Las investigaciones deben tender a la identificación de las personas responsables para someterlas a la justicia y al esclarecimiento de la verdad de los hechos. (...) 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. 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”... 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 dónde se encuentra actualmente, o dónde se encuentran sus restos mortales. (...) 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 (...) 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. (...)». *Ibid.*, pp. 514-520.

aparición de ciudadanos greco-chipriotas en el norte de la isla de Chipre en 1974 suscitó varias cuestiones. Una de ellas, la competencia *ratione temporis* del TEDH para examinar hechos litigiosos ocurridos antes de la fecha crítica. Obviamente, la Gran Sala afirmó que «las alegaciones de los demandantes que cuestionan la responsabilidad del Estado contratante por acontecimientos concretos ocurridos en 1974 están fuera de la competencia temporal del Tribunal. En cuanto a las quejas relativas a actos u omisiones del Estado... posteriores al 28 de enero de 1987, el Tribunal tiene competencia para conocer de ellos». Pero también constató que las reclamaciones de los demandantes «se refirieron únicamente a la situación que existe desde enero de 1987, es decir, el incumplimiento continuado por el Estado demandado de su obligación de realizar un investigación eficaz para localizar el rastro de los desaparecidos y determinar lo que les pasó»⁷⁵. Y en este punto, el Tribunal no duda en proclamar que la obligación de investigar tiene entidad y relevancia propias:

«... la investigación que requiere el artículo 2 en su aspecto procesal no es un procedimiento de rectificación a los efectos del artículo 35§ 1. Es la ausencia misma de una investigación efectiva lo que constituye el núcleo de la presunta violación. La obligación procesal tiene su propio ámbito de aplicación; es distinta y puede aplicarse independientemente de la obligación material del artículo 2, que se refiere a la responsabilidad del Estado por... toda desaparición en condiciones que ponen la vida en peligro. Ello resulta de numerosos casos en los que el Tribunal observó una violación de esta disposición en su aspecto procesal, ante la inexistencia de cualquier investigación sobre la responsabilidad de los agentes del Estado por el recurso a la fuerza letal... De hecho, la obligación procesal de proporcionar una forma de investigación oficial efectiva surge cuando individuos desaparecen en condiciones donde su vida peligra, y no se limita a los casos en que todo indica que la desaparición fue causada por un agente del Estado...»⁷⁶

Efectivamente, la Gran Sala separó del art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva, señalando que es una obligación distinta e independiente, exigible al Estado incluso en los casos en que la muerte ocurrió antes de la entrada en vigor de la Convención, habida cuenta del carácter continuado del fenó-

⁷⁵ Párr. 134 de la sentencia del TEDH (Gran Sala) de 18 de septiembre de 2009 (caso *Varnava y Otros c. Turquía*).

⁷⁶ *Ibid*, párr. 136 (subrayado nuestro).

meno de las desapariciones, que produce efectos sobre la competencia temporal del Tribunal⁷⁷:

«... la obligación procesal de investigar que impone el artículo 2 en caso de muerte ilegal o presunta se desencadena, en la mayoría de los casos, por el descubrimiento del cuerpo o el acaecimiento de la muerte. Tratándose de desapariciones en circunstancias que ponen la vida en peligro, la obligación procesal de investigar difícilmente puede finalizar con el descubrimiento del cuerpo o la presunción de la muerte, que sólo esclarece un aspecto de la suerte de la persona desaparecida. Subsiste en general una obligación de explicar la desaparición y la muerte, y de identificar y perseguir a los posibles autores de actos ilegales...

Por tanto, el Tribunal concluye que, aunque el transcurso de un plazo de tiempo de más de treinta y cuatro años sin noticias de las personas desaparecidas puede constituir un índice sólido de que los interesados fallecieron, esto no elimina la obligación procesal de investigar»⁷⁸

Y llegados a este punto, la Gran Sala se ocupa de la naturaleza de la obligación procesal de investigar las desapariciones, resultante del artículo 2 de la CEDH, considerando a tal efecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité DH para concluir que, en caso de desapariciones, la obligación procesal de investigar tiene carácter continuado:

«El Tribunal destaca que... la obligación procesal... en caso de desapariciones es independiente de la obligación material. Señala que la Corte Interamericana y, en cierta medida, el Comité de Derechos Humanos aplican el mismo criterio en cuanto al aspecto procesal de las desapariciones..., uno y otro examinando las alegaciones de denegación de justicia o protección judicial incluso cuando la desaparición tuvo lugar antes del reconocimiento de su competencia...

Sin embargo, es importante diferenciar en la jurisprudencia del Tribunal la obligación de investigar una muerte sospechosa y la de investigar una desaparición sospechosa. Una desaparición es un fenómeno distinto, caracterizado por una situación donde los parientes se enfrentan continuamente a la incertidumbre y la falta de explicaciones e informaciones sobre lo sucedido, incluso a veces a la deliberada ocultación o encubrimiento de los elementos pertinentes... Con frecuencia, esta situación dura mucho tiempo, prolongando por lo mismo el tormento de los familiares de la víctima. Por lo tanto, no se podría equiparar una desaparición a un acto o acontecimiento "instantáneo". El elemento distintivo suplementario que resulta de la posterior falta de explicaciones sobre lo que le ocurre a la persona desaparecida y sobre el lugar en que se encuentra, entrañan una situación continuada. En consecuencia, la

⁷⁷ Cfr. párrs. 138-139.

⁷⁸ *Ibid*, párrs. 145-146 (subrayado nuestro).

obligación procesal subsiste potencialmente mientras no se aclare la suerte de la persona afectada. La persistente falta de la investigación requerida se considerará que constituye una violación continuada... incluso cuando se pueda finalmente presumir que la víctima falleció.

... Procede señalar que el enfoque adoptado en la sentencia Šilih c. Eslovenia... relativo a la exigencia de un vínculo entre la muerte y las medidas de instrucción, por una parte, y la fecha de entrada en vigor de la Convención, por otra parte, solamente es válido en caso de homicidio o muerte sospechosa, cuando el elemento fáctico central, la pérdida de la vida de la víctima, se conoce con certeza, aunque la causa exacta o la responsabilidad última no lo sea. En este contexto, la obligación procesal no reviste un carácter continuado en el sentido descrito anteriormente»⁷⁹

De todo ello inferimos que España es un país contumaz por su oposición a la investigación de crímenes de lesa humanidad cuya existencia niega y no puede ni debe sacar partido o ventaja de sus propias omisiones e incumplimientos repitiendo una y otra vez argumentos políticos relativos a la supuesta contribución de la Ley de amnistía a un proceso “modélico” de transición⁸⁰.

⁷⁹ *Ibid*, párrs. 147-149 (subrayado nuestro).

⁸⁰ FJ3 de la STS núm. 101/2012 de 27 febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª): «3.- (...) La citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha. Fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada "transición" española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la "transición" fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes».

V.— CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los condicionantes políticos y el tiempo transcurrido, es poco probable que los familiares de las miles de víctimas de desapariciones forzadas y las asociaciones de familiares puedan alguna vez obtener plena justicia y reparación dentro de España. Los distintos gobiernos que se han sucedido a lo largo de la “transición política”, las mayorías parlamentarias que han prevalecido en las Cámaras legislativas en sus sucesivas composiciones, los jueces y los tribunales han sido en general incapaces de enfrentar, con una sola respuesta y como es debido, un problema latente e irresuelto desde hace décadas: la necesidad de realizar una investigación completa e independiente de los crímenes de lesa humanidad y, en su caso, genocidio, perpetrados a partir de 1936.

España no quiere investigar esos crímenes que fueron el producto de un plan sistemático concebido para destruir y eliminar a los adversarios del golpe de Estado que se desencadenó el 17 de julio de 1936, incluidos los opositores políticos y todos aquellos que legítimamente respaldaron la legalidad del régimen constitucional republicano hasta entonces vigente. Hoy por hoy no es posible investigar —sea en sede judicial, sea a través de una Comisión de la Verdad— centralizando en una sola instancia el proceso correspondiente, porque ni el ordenamiento jurídico español lo permite, ni los distintos poderes del Estado exhiben la determinación necesaria para superar los obstáculos políticos, aplicando con el debido rigor las normas del DIDH, cuya primacía insisten en desconocer. Todo hace presagiar incluso que decisiones que en favor de los legítimos derechos de las víctimas pudieran adoptar algunos juzgados territoriales, quedarán a expensas de la singular “doctrina” que han acuñado la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo para los crímenes de lesa humanidad cometidos en España y para dar cobijo a su prescripción.

Por si no fuera bastante, hemos de referirnos a la respuesta, fechada el 6 de mayo de 2011, de la Fiscalía General del Estado español a la comisión rogatoria internacional librada el 14 de octubre de 2010 por la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, pues abunda en algunas confusiones que evocaremos brevemente para concluir este *amicus curiae*. Mediante aquel exhorto, la Sra. Jueza Servini de Cubría solicitaba al Reino de España que informara sobre si en España “se está investigando...

la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar a españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través de su eliminación física, y de uno que propició la desaparición ‘legalizada’ de menores de edad con pérdida de su identidad, llevados a cabo en el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, debiendo para el caso afirmativo hacer conocer a esta Judicatura la naturaleza y estado procesal actual de las investigaciones, con expresa indicación de los Tribunales actuantes”⁸¹.

La Fiscalía General del Estado se refiere al caso de los niños robados aceptando —aunque sin hablar de desapariciones forzadas— que se trata de delitos permanentes o continuos:

«(...) en los casos en que se acredita la existencia de indicios de una efectiva sustracción de un menor, que de este modo fue extraído de un entorno familiar, alterándose su estado civil, es criterio de Ministerio Fiscal (...) que los hechos son constitutivos de un delito de detención ilegal, de naturaleza permanente -y sin que por consiguiente comiencen a computarse los plazos de prescripción- en tanto el menor no haya sido devuelto al citado entorno familiar de origen o no se halle (por ejemplo, por haber sido informado de los hechos) en disposición de poder regresar por sí mismo»⁸²

Pero lo que, sin perjuicio de otras inexactitudes⁸³, esta vez nos resulta llamativo es que la Fiscalía General del Estado pretenda reducir la competencia de la justicia argentina en aplicación de las normas españolas, para concluir que es la de los tribunales españoles la jurisdicción “preferente” y así, sin sonrojo alguno, afirma que:

⁸¹ Exhorto de 14 de octubre de 2010 de la Sra. Juez Federal, Dra. María Servini de Cubría, p. 8.

⁸² Fiscalía General del Estado, INFORME EMITIDO EN CUMPLIMIENTO DE LA COMISION ROGATORIA PROCEDENTE DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 1 DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA POR LA QUE SE REQUIERE INFORMACIÓN ACERCA DE LA EXISTENCIA, NATURALEZA Y ESTADO PROCESAL DE UNA INVESTIGACIÓN CONCERNIENTE A LA EXISTENCIA DE UN PLAN SISTEMÁTICO, GENERALIZADO Y DELIBERADO PARA LA ELIMINACIÓN FÍSICA DE LOS CIUDADANOS ESPAÑOLES PARTIDARIOS DE LA FORMA REPRESENTATIVA DE GOBIERNO, Y DE OTRO PARA LA DESAPARICIÓN DE MENORES DE EDAD CON PÉRDIDA DE SU IDENTIDAD, ENTRE EL 17 DE JULIO DE 1936 Y EL 15 DE JUNIO DE 1977, 6 de mayo de 2011, p. 17.

⁸³ Amnistía Internacional constató —en un informe de título por sí solo elocuente— que la respuesta del Fiscal General del Estado contenía «incongruencias entre la situación procesal de los casos y la información transmitida a la jueza Servini de Cubría por la Fiscalía, en particular: el informe no detalla todos los procesos derivados de la inhibición de la Audiencia Nacional, incluye seis casos que no son inhibiciones, se equivoca al decir que en ninguno de los casos que incluye se invocó la Ley de amnistía, y no incluye otros casos —que constan en esta investigación— en los que la Ley de amnistía sí se invocó. Además, el informe menciona como “abierto” un caso que en realidad está archivado. Por

«(...) no consta que ninguno de (...) los hechos (...) que originaron la apertura del procedimiento que tramita el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de la República Argentina, haya sido denunciado ante el Ministerio Fiscal o los Juzgados o Tribunales españoles, cuya jurisdicción y competencia para conocer de tales hechos se establece, en aplicación del principio de territorialidad, en el artículo 21 y siguientes de la Ley Orgánica 511985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Dato este que se hace expresamente manifiesto por la relevancia que pudiera tener en la determinación de la jurisdicción preferente para el conocimiento de los hechos denunciados de los que trae causa la Comisión Rogatoria informada, habida cuenta de las normas que rigen en materia de jurisdicción universal, y en particular de la norma internacionalmente aceptada en numerosas convenciones y tratados que se concreta en el establecimiento de la territorialidad como jurisdicción preferente y prevalente, teniendo carácter subsidiario el de la jurisdicción de otro Estado (v. art. 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; art. 17.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hecho en Roma el 17 de julio de 1998)»⁸⁴

Se intenta basar esa conclusión en el art. VI de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio⁸⁵ y en el art. 17.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁸⁶. Esto es, se recurre a disposiciones que no prohíben la persecución del genocidio ni de otros crímenes de lesa humanidad por tribunales distintos al del lugar o territorio de comisión del crimen, sino que establecen algo bien distinto: una obligación básica a cargo del Estado territorial o de la Corte Penal Internacional que fuera competente. Lo afirmó en cuanto a la Convención de 1948 el mismo Tribunal Constitucional español, corrigiendo al Tribunal Supremo, al señalar que el art. VI de la Convención:

otra parte, el informe omite el procesamiento del exmagistrado Baltasar Garzón por un supuesto delito de prevaricación. En resumen, el informe de la Fiscalía no se ajusta a la realidad. Amnistía Internacional considera que la respuesta del informe de la Fiscalía General del Estado de 6 de mayo de 2011, indicando que en España se están investigando crímenes de lesa humanidad, no se ajusta a la verdad de los hechos y, en consecuencia, es infundada. Los jueces españoles no han estado investigando, como se desprende del archivo mayoritario de los casos y de los argumentos esgrimidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, que declara que la investigación de estos crímenes no corresponde al Poder Judicial». AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España* (Resumen ejecutivo), 9 de mayo de 2012, p. 10 (subrayado nuestro).

⁸⁴ Fiscalía General del Estado, INFORME EMITIDO EN CUMPLIMIENTO DE LA COMISION ROGATORIA..., *cit. supra* nota 82, p. 19.

⁸⁵ El art. VI de la Convención de 1948 establece que “las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del

«Resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente, no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan (...) otras herramientas de persecución del delito. Desde la óptica unilateral de los Estados, y salvando la mención a los Tribunales internacionales, lo que el art. VI del Convenio (...) determina es una obligación de mínimos que los compromete a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio. En tales términos, esto es, una vez asumido que el tantas veces citado Convenio no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio, ningún obstáculo puede suponer el art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados para la asunción por los Tribunales españoles de la jurisdicción sobre los hechos presuntamente cometidos en Guatemala; máxime cuando de la finalidad que inspira el Convenio sobre genocidio se desprendería antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención.

En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional, que (...) preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él. En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo

Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

⁸⁶ El art. 17.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en realidad dispone que “La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.

hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición»⁸⁷

Nos parece una aberración que la Fiscalía General del Estado trate de limitar el principio de jurisdicción universal que en el derecho interno de la República Argentina resulta del art. 118 de la vigente Constitución de la Nación Argentina⁸⁸ y de la Ley 26.200 de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley N° 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional, sancionada el 13 de diciembre de 2006 y promulgada el 5 de enero de 2007. El art. 2 de esta Ley dispone que “Las conductas descriptas en los artículos 6°, 7°, 8° y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé”. Por lo tanto, la jurisdicción federal de la República Argentina competente en lo penal, según se asigna en el art. 5 de esa Ley⁸⁹, es la competente para conocer de esos delitos, cuando se cometan en lugares sujetos a la jurisdicción argentina o fuera de ésta por agentes argentinos, pero también “en los casos previstos en convenios internacionales de los que la República Argentina es parte”. Y en este sentido, lo que sí tiene sentido es remitirse al art. V de la Convención de 1948 que obliga a la República Argentina, como a todo Estado Parte, a “adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”, sin que esta obligación quede condicionada a que ese crimen contra la humani-

⁸⁷ TC (Sala Segunda), sentencia núm. 237/2005, de 26 septiembre, FJ5.

⁸⁸ Art. 118 de la Constitución Argentina: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

⁸⁹ Art. 5 de la Ley 26.200: “La competencia por la comisión de los delitos previstos en el Estatuto de Roma y en la presente ley corresponde a los Tribunales Federales con competencia en lo penal”. Ley 26.200 de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley N° 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional, sancionada el 13 de diciembre de 2006 y promulgada el 5 de enero de 2007. *Boletín Oficial de la República Argentina*, n° 31.069, de 9 de enero de 2007.

dad se cometa dentro de su territorio⁹⁰. Muy al contrario, en el ámbito de las Naciones Unidas se aceptó que, “con el fin de asegurar el enjuiciamiento y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad” no hay condicionantes territoriales o espaciales para su investigación puesto que:

“(…) dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.”⁹¹

En suma, no hay reglas de derecho internacional que prohíban a la República Argentina ejercer su jurisdicción en tales casos, ni tampoco puede presumirse su existencia derivándola ni de la LOPJ, ni de una disposición del Estatuto de la CPI (el art. 117.1) que lo que pretende es determinar los causales de inadmisibilidad de los asuntos que llegan al conocimiento de la CPI. No puede extrapolarse esa regla aplicable a la jurisdicción de este tribunal internacional para someter a ese límite a los jueces y tribunales de la República Argentina.

Además, de esa disposición del Estatuto de la CPI resulta que la CPI podrá examinar un asunto aunque esté siendo objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción, si este país no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo. Esto es precisamente lo que la AEDIDH considera que acontece en España, lo que ha obligado a los familiares y a distintas Asociaciones que les

⁹⁰ En este punto, la AEDIDH desea suscribir y apoyar las argumentaciones de los querellantes según las cuales los hechos litigiosos pudieran también ser constitutivos del crimen de genocidio por cuanto “si se interpretara que al referirse a un grupo nacional la Convención contra el genocidio sólo incluye al integrado por personas de la misma nacionalidad y que el propósito de su destrucción obedece a la misma, quedarían excluidos otros grupos humanos sin razón que lo justifique. Nuevamente en palabras del art.32 [de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] el resultado de tal interpretación sería absurdo e irrazonable. La Convención habría establecido sin fundamento alguno una desigualdad ante la ley, discriminatoria de los grupos excluidos». *Cfr.* Querrela criminal presentada ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (República Argentina) por la comisión de los delitos de genocidio y/o de lesa humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, pp. 78-83.

⁹¹ Preámbulo y Principio 1 de los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad* [Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973].

aEDIDH

Asociación Española
para el Derecho Internacional
de los Derechos Humanos

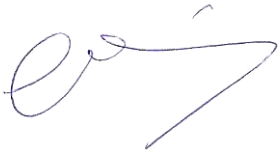
Spanish Society for International Human Rights Law
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains

apoyan a buscar justicia y reparación plenas en la República Argentina, ante la imposibilidad de conseguirlo en sede española.

Página | 55

* * *

Las Palmas de Gran Canaria y Ginebra, 3 de septiembre de 2012.



Carlos Villán Durán
Presidente



aEDIDH
Asociación Española
para el Derecho Internacional
de los Derechos Humanos



Carmelo Faleh Pérez
Secretario general