

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

***THE INVESTIGATION OF CRIMES COMMITTED DURING THE SPANISH CIVIL WAR AND FRANCO REGIME AS AN ALLEGED BREACH OF LEGAL DUTY
A CRITICAL ANALYSIS OF THE DECISION OF THE SUPREME COURT OF 3 FEBRUARY 2010 FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW***

Javier Chinchón Álvarez^{*}
Lydia Vicente Márquez^{}**

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES INICIALES: EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU JERARQUÍA NORMATIVA. III. PREMISA DE BASE: LA LEY 52/2007 Y EL DERECHO A INTERPONER UN RECURSO EFECTIVO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. IV. EXAMEN DE LOS ASPECTOS CLAVE DEL AUTO DE 3 DE FEBRERO DE 2010 DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL. V. CONCLUSIONES FINALES.

RESUMEN: Este artículo ofrece algunas consideraciones de naturaleza jurídica en torno a los argumentos formulados en el Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, en lo relativo al Derecho internacional aplicable, que vienen a rebatir que la imputación de un delito de prevaricación al Magistrado-Juez D. Baltasar Garzón pueda ser jurídicamente sostenible. En concreto, en él se exponen razonamientos relativos a la Ley 52/2007 y el derecho a interponer un recurso efectivo y la tutela judicial efectiva, la Ley de Amnistía de 1977

Fecha de recepción del artículo: 30 de marzo de 2010. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de abril de 2010

^{*} Profesor Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, y Director Ejecutivo de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. E-mail: jachal@der.ucm.es

^{**} Consultora internacional de derechos humanos, abogada, y miembro de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. E-mail: lydiavicente7@gmail.com.

Los autores desean agradecer las valiosas observaciones al contenido de este artículo que les fueron remitidas por Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez, Presidente y Secretario general de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, respectivamente.

y su consideración desde el ordenamiento jurídico internacional, y los crímenes de lesa humanidad, incluida la desaparición forzada de personas, en el Derecho internacional.

ABSTRACT: In this article we will raise a number of legal considerations, in accordance with the applicable international law, in order to refute the arguments put forward in the decision of the Supreme Court of 3 February 2010 that support the charge for breach of legal duty against Judge Baltasar Garzón. In particular, we will explain how a correct interpretation of Law 52/2007, the right to an effective remedy, the right to access to justice, the Amnesty Law of 1977, as well as a correct understanding of the concept of crimes against humanity, including enforced disappearances, as per international law, cannot sustain such charges.

PALABRAS CLAVE: Deber de investigar, derecho a un recurso efectivo, amnistías, crímenes contra la humanidad, desaparición forzada de personas, “Memoria Histórica”-Justicia Transicional.

KEYWORDS: *Duty to investigate, right to an effective remedy, amnesties, crimes against humanity, enforced disappearances, “Historical Memory”-Transitional Justice.*

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la normativa jurídico-internacional, y en lo que a ella compete, en esta contribución nos proponemos construir un análisis crítico de algunos de los argumentos ofrecidos por el Magistrado-Instructor D. Luciano Varela Castro, en su Auto de 3 de febrero de 2010, donde se concluye que las actuaciones del Magistrado-Juez Baltasar Garzón revelan:

“... como hecho probable, que el Magistrado querellado actuó con la **finalidad de eludir la decisión del legislador** sobre el régimen de localización y exhumación de víctimas de los horribles crímenes del franquismo, erigidos **en aparente objeto del procedimiento, sabiendo** que éstos habían sido objeto de **amnistía** por las Cortes democráticas de España, cuya **voluntad decidió conscientemente ignorar u orillar**. Tal hecho puede constituir el delito de **prevaricación** del artículo 446.3º del Código Penal...”¹.

Ha de aclararse que nuestro objetivo fundamental no es rebatir todos los argumentos del citado Auto, ni exponer o desarrollar nuestra opinión acerca de la solución debida a cada uno de los aspectos en discusión, sino exclusivamente poner de manifiesto que la mayoría de ellos forman parte del debate jurídico, desde hace muchos años y también en la actualidad. Así, y en lo que aquí examinaremos, podemos convenir en que algunos, aunque no todos, de los posicionamientos adoptados en el Auto de 3 de febrero de 2010 responden a posiciones jurídicas legítimamente defendibles, las compartamos o no. Pero lo que es jurídicamente insostenible es precisamente afirmar que no ocurre lo mismo con la construcción realizada por el Magistrado querellado en sus Autos de octubre y noviembre de 2008². De este modo, y en definitiva, a lo largo de las siguientes páginas expondremos

¹ Vid. Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, Causa Especial Nº. 20048/2009, p. 54.

² Sobre los mismos, puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes

las razones y motivos que permiten concluir que la imputación de un delito de prevaricación al Magistrado querrellado no está jurídicamente justificada; y en concreto, en relación a 1) la Ley 52/2007 y el derecho a interponer un recurso efectivo y la tutela judicial efectiva; 2) la Ley de Amnistía de 1977 y su consideración desde el ordenamiento jurídico internacional; y 3) los crímenes de lesa humanidad, incluida la desaparición forzada de personas, en el Derecho internacional.

Como génesis de esta contribución, hemos de mencionar el intervalo entre el pasado 4 de febrero y el día 16 del mismo mes, momento en el que en representación de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), preparamos el Informe: “Causa Especial N.º. 20048/2009: Querrela(s) interpuesta(s) contra el Magistrado-Juez D. Baltasar Garzón Real, por el supuesto delito de prevaricación. Examen de los argumentos del Auto de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional”³; a cuyo contenido se han adherido, posteriormente y hasta la fecha, más de un centenar de juristas e Instituciones, nacionales e internacionales⁴. El presente artículo, por tanto, es deudor de aquel trabajo, y presenta una versión ampliada y más personal, pero totalmente coincidente con lo que entonces se expuso y concluyó.

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

Como punto de partida, conviene recordar que la solución a un hipotético conflicto entre las obligaciones internacionales (sea cual sea su fuente) y el Derecho interno está prevista en los artículos 10, 95 y 96 del texto constitucional de 1978 (que a su vez guardan un acusado

contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, tomo 5, año 2008, pp. 1388-1397; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, tomo 1, año 2009, pp. 1415-1424. Para una visión diferente sobre el Auto de 16 de octubre, GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009, en especial pp. 157-166.

³ El Informe completo puede consultarse en <http://www.aedidh.org/?q=node/190>. Con anterioridad, puede verse el Informe de 30 de abril de 2008, elaborado por Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez en representación de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) y titulado “Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura”. Accesible desde <http://www.aedidh.org/?q=node/190>. Ese Informe fue emitido para la consideración de la PLATAFORMA POR VÍCTIMAS DE DESAPARICIÓN FORZADA DEL FRANQUISMO, foro de encuentro de Asociaciones personadas en la causa presentada en los Tribunales cuyo principal objetivo es la búsqueda y la recuperación de los restos de los desaparecidos durante la Guerra Civil y el franquismo.

⁴ El listado completo de los juristas e Instituciones que se han adherido al contenido del Informe puede encontrarse en <http://www.aedidh.org/?q=node/190>.

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

Un mandato próximo al del artículo 96.1 es el que se encuentra en el segundo párrafo del artículo 10 de la Constitución española, donde se ordena interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esta disposición evita en un ámbito material concreto (el de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución garantiza) toda colisión entre la Constitución y las obligaciones internacionales vinculantes para España. El artículo 10.2 proporciona a los poderes públicos, y podría decirse también que a todos los operadores jurídicos, “parámetros interpretativos” de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos, lo que repetidamente viene afirmando el Tribunal Constitucional español: que el fundamento sobre el que se asienta el artículo 10.2 es “el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado”⁵.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la que España es Parte⁶, declara el principio de primacía del Derecho internacional, recogiendo su carácter de regla consuetudinaria. De tal modo, establece el correcto orden de prelación, dentro del ordenamiento jurídico, entre el Derecho interno de los Estados y el Derecho internacional. Así, el artículo 26 de la Convención de Viena expone el principio fundamental *pacta sunt servanda*, en virtud del cual, “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. El artículo 27 es corolario del anterior y codifica una norma consuetudinaria de Derecho internacional obligatoria para todos los Estados⁷,

⁵ Vid. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 91/2000, de 30 de marzo, FJ. 7, párrafo 7º.

⁶ Se adhirió el 2 de mayo de 1972, BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980. La Convención de Viena fue adoptada el 23 de mayo de 1969, A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

⁷ Véase el trabajo de SCHAUS, A., en OLIVIER CORTEN & PIERRE KLEIN (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant-Centre de droit

disponiendo que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Tales disposiciones conllevan la obligación de los Estados de adecuar su legislación interna, si ello fuera necesario, a las previsiones contenidas en el tratado, pues el cumplimiento de un tratado o convención internacional y de los derechos que en ellos se reconocen no puede quedar subordinado a la legislación interna de un Estado. Tal pretensión se opone a la realización del objeto y fin del tratado y viola, sin lugar a dudas, el principio fundamental de Derecho internacional según el cual ningún Estado puede invocar su derecho interno para excusar o justificar el incumplimiento del Derecho internacional⁸.

Cabe señalar, como ejemplo próximo, que al convertirse en Parte de la Convención de Viena, Guatemala formuló una reserva relativa al artículo 27, en virtud de la cual solamente reconocía la primacía del Derecho internacional con relación a su legislación secundaria u ordinaria, excluyendo expresamente a su Constitución Política, que conservaría así primacía sobre aquél⁹. Fueron varios los Estados (Austria, Dinamarca, Finlandia, Suecia, Reino Unido de Gran Bretaña, Alemania y Bélgica) que objetaron esa reserva por considerar que cuestionaba sólidas normas de Derecho internacional, bien establecidas y universalmente aceptadas, entendiéndose también que era incompatible con el objeto y fin de dicha Convención¹⁰. Asimismo, la inobservancia del artículo 27 de la Convención de Viena ya le valió a Guatemala la siguiente advertencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

“El Comité siente preocupación con respecto a la alegación del Estado Parte en cuanto a que sus preceptos constitucionales le impiden dar debido cumplimiento a las disposiciones del Pacto (...). El Estado Parte no debería aducir las limitaciones de su Constitución como motivo para el incumplimiento del Pacto, sino que debe elaborar las reformas necesarias para lograr dicho cumplimiento”¹¹.

En este mismo orden de ideas, la Corte Permanente de Justicia Internacional en su *Opinión relativa al Tratamiento de los Nacionales polacos en Dantzig*, afirmó que un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones

international-Université Libre de Bruxelles, 2006, article 27, p. 1124.

⁸ En este sentido, véase CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Avena and other Mexican Nationals*, Memorial for Mexico, 20 de junio de 2003, p. 88, párrafo 213; ver también: CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Orden de 6 de diciembre de 1930, Série A, n° 24, p. 12.

⁹ Ver AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Corte Interamericana de Derechos Humanos: Memorial en Derecho como Amicus Curiae en el caso Radilla Pacheco”, AMR 41/036/2009.

¹⁰ Ver por ejemplo observaciones formuladas por Austria, Bélgica, Dinamarca, Suecia y el Reino Unido, disponibles en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtmsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtmsg3&lang=en.

¹¹ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Consideración de los informes presentados por los Estados partes bajo el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, República de Guatemala”, CCPR/CO/72/GTM, de 27 de agosto de 2001, párrafo 10.

que le imponen el Derecho internacional o los tratados en vigor¹². En la misma línea, la Corte Internacional de Justicia, en 1988, en la *Opinión Consultiva relativa a la Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud del artículo 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas*, declaró que se trata de un principio de Derecho internacional generalmente aceptado que en las relaciones entre los Estados contratantes de un tratado, las disposiciones de Derecho interno no pueden prevalecer sobre aquellas del tratado¹³.

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

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

Como consideración general, ha de recordarse que en caso de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, el Derecho internacional obliga al Estado a investigar los hechos ocurridos con la finalidad de revelar la verdad sobre ellos y las circunstancias en las cuales se cometieron; a identificar, procesar y sancionar a los responsables (en su caso) y reparar a las víctimas¹⁴. La obligación de investigar consiste

¹² Véase, Opinión Consultiva de 4 de febrero de 1932, *Série A/B.n°44*, p. 24.

¹³ P.C.I.J., *Série B*, No. 17, página 32 y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Applicability of the obligation to arbitrate under section 21 of the United Nations Headquarters, Agreement of 26 June 1947*, Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988, párrafo 57. Ver supra nota 9.

¹⁴ Pues supone que el Estado ha incumplido con su deber de respetar los derechos humanos, es decir, abstenerse de violar, limitar e interferir en el ejercicio de tales derechos debiendo asimismo asegurar, mediante las medidas necesarias, el disfrute de los mismos. Por eso, toda vez que una violación se hubiera cometido, el Estado está obligado a tomar las medidas adecuadas e idóneas, incluso debiendo remover los obstáculos (físicos o jurídicos) existentes para investigar (seriamente y con los medios a su alcance) las violaciones de derechos humanos. En cuanto a la obligación de investigar, véase COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Decisión de 19 de julio de 1994, Comunicación n° 322/1988, *Caso Hugo Rodríguez* (Uruguay), CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12 (3); decisión de 13 de noviembre de 1995, Comunicación n° 563/1993, *Caso Nydia Erika Bautista* (Colombia), párrafo 8(2) y (6), CCPR/C/55/D/563//1993; Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación n° 612/1995, *Caso José Vicente Villafañe Chaparro y otros* (Colombia), párrafos 8(2) y (8), CCPR/C/60/D/612/1995), la obligación de identificar, procesar y sancionar a los responsables (ver Resolución 49/193, de 23 de diciembre de 1994; resolución 51/94, de 12 de diciembre de 1996; resolución 53/150, de 9 de diciembre de 1998; resolución 55/111, de 4 de diciembre de 2001). En cuanto a la obligación de brindar un recurso efectivo, véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3, la naturaleza del recurso está en función tanto de la naturaleza del derecho violado como del carácter efectivo del recurso), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (artículo 14), la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 8.1), y la Decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 2000, COMITÉ DE DERECHOS

pues en una obligación jurídica y comporta la obligación de llevar ante la justicia y sancionar a los responsables, lo cual comprende el necesario ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado¹⁵. Por su parte, la realización del derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a conocer la verdad exige la existencia de un proceso judicial. Obtener la verdad sobre los crímenes es la única forma para que los familiares de las víctimas directas averigüen qué les ocurrió a sus seres queridos, y en su caso, conocer su paradero¹⁶. En este orden de ideas y dada su importancia y reconocimiento universal, debemos llamar también la atención sobre la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a la que más adelante se hará referencia.

El derecho a la verdad no se encuentra recogido expresamente en la Constitución española pero se deduce de varios de los derechos fundamentales, entre ellos el “derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales” previsto en su artículo 24. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos¹⁷, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias¹⁸ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹ han acudido al derecho a la verdad para reafirmar otros derechos humanos, como el derecho de acceso a justicia, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a obtener una reparación justa y adecuada. El correspondiente internacional del artículo 24 de nuestra Constitución se encuentra, entre otros, en el artículo 2 del Pacto Internacional de

HUMANOS: Comunicación n° 778/1997, *Caso Coronel et al.* (Colombia), CCPR/C/70/D/778/1997, párrafo 6(4).

¹⁵ Por ejemplo, la ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS ha recordado reiteradamente la obligación internacional de procesar judicialmente y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos (ver, por ejemplo, Resolución 49/193, de 23 de diciembre de 1994; Resolución 51/94, de 12 de diciembre de 1996; Resolución 53/150, de 9 de diciembre de 1998; Resolución 55/111, de 4 de diciembre de 2001). El COMITÉ CONTRA LA TORTURA ha reiterado igualmente que la obligación de castigar a los responsables de actos de tortura era ya exigible antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes toda vez que “existía una norma general de derecho internacional que obliga a los Estados a tomar medidas eficaces (...) para castigar su práctica”. *Vid.* Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina), de 23 de noviembre de 1989, A/45/44, 1990, párrafo 7(2).

¹⁶ Véase, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: “Study on the Right to the Truth”, E/CN.4/2006/91, de 8 de febrero de 2006. Asimismo, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: Resolución 2005/66, *Right to the Truth*, 20 de abril de 2005.

¹⁷ En cuanto a la obligación de investigar, véase COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Decisión de 19 de julio de 1994, Comunicación n° 322/1988, *Caso Hugo Rodríguez* (Uruguay), CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12 (3); decisión de 13 de noviembre de 1995, Comunicación n° 563/1993, *Caso Nydia Erika Bautista* (Colombia), párrafo 8(2) y (6), CCPR/C/55/D/563/1993; decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación n° 612/1995, *Caso José Vicente Villafañe Chaparro y otros* (Colombia), párrafos 8(2) y (8), CCPR/C/60/D/612/1995). En cuanto a la obligación de brindar un recurso efectivo, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 2000, Comunicación n° 778/1997, *Caso Coronel et al.* (Colombia), CCPR/C/70/D/778/1997, párrafo 6(4).

¹⁸ Véase, GRUPO DE TRABAJO DE NACIONES UNIDAS SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, E/CN.4/1492, 31 de diciembre de 1981, párrafo 5.

¹⁹ A modo de ejemplo, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 177, 181.

Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ratificado por España el 27 de abril de 1977. Precisamente, el Comité de Derechos Humanos, establecido para velar por la correcta interpretación y aplicación del Pacto, ha podido perfilar y alumbrar el sentido y el alcance del derecho a un recurso efectivo en su Observación General 31²⁰, lo que por mandato constitucional (*ex* artículo 10.2 de la Constitución española) condiciona necesariamente la interpretación que quiera acordarse al derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24 de la Constitución). Así, y en lo que ahora ocupa, conviene recordar que, en palabras del Comité:

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

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

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

²⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General n.º 31”, adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 80ª Período de sesiones, el 29 de marzo de 2004. Su texto íntegro figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, HRI/GEN/1/Rev.8, 8 de mayo de 2006, pp. 270-275.

²¹ *Vid. Ibid.*, párrafos 4, 13 y 14 (negrita nuestra).

²² *Vid. Ibid.*, párrafo 15 (negrita nuestra).

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

“... la Comunidad Internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma el derecho internacional en la materia. (...)
los Principios y directrices básicos que figuran en el presente documento **no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales**, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido...”²³.

Y recomendando a los Estados que:

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

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

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

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

“3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:
(...) b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

²³ Negrita nuestra.

- c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia..., con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y
- d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación...”.

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

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

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

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

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

11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación”.

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

Asimismo, conviene recordar brevemente que la negación del derecho a la verdad podrá suponer la violación de otros derechos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el hecho de que un Estado omita realizar una investigación eficaz “destinada a aclarar el paradero y la suerte” de “personas desaparecidas en circunstancias que ponen en riesgo la vida” constituye una violación persistente de su obligación procesal de proteger el derecho a la vida (artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)²⁴. El mismo Tribunal también ha afirmado que una desaparición forzada viola el artículo 3 del Convenio Europeo en relación a los familiares-víctimas del desaparecido cuando concurren determinados factores o circunstancias como: el estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como directamente haber intentado obtener información sobre la suerte del desaparecido y, singularmente, la ausencia de reacción y/o respuesta y la actitud consiguiente, de las autoridades estatales competentes ante tales demandas²⁵. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a saber como una forma de poner fin y prevenir la tortura psicológica (artículo 7 del PIDCP) padecida por los familiares de las víctimas de desaparición forzada²⁶ o ejecuciones sumarias o extrajudiciales²⁷. También en los “casos de Srebrenica”, la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina fundamentó el derecho de los familiares a conocer la verdad sobre la suerte y el paradero de los aproximadamente 7.500 hombres y muchachos, a) en el derecho a no ser sometido a tortura o malos tratos (porque el hecho de no saber la

²⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia del 10 de mayo de 2001, *Cyprus v. Turkey*, solicitud n.º 25781/94, párrafo 136; también, entre otros, sentencia del 18-12-1996, *Aksoy v. Turkey*, solicitud n.º 21987/93; y sentencia del 28 de marzo de 2000, *Kaya v. Turkey*, solicitud n.º 22535/93. Este concepto también se aplica en el caso de Estados que no son partes: *Tanrikulu v. Turkey*, 1999-IV y caso *Luluyev v. Rusia*, de 9 de noviembre de 2006.

²⁵ Véase, por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia de 21 de enero de 2008, *Osmanoğlu v. Turquía*, solicitud n.º 48804/99, párrafos 93-99, en especial 96-97. Asimismo, en la doctrina ver RODRÍGUEZ ARIAS, M. A., “La prolongada ausencia de una “investigación oficial” en el caso de los desaparecidos del franquismo como violación autónoma del “derecho a la vida familiar” y “trato inhumano” a sus familiares. Nuevas perspectivas de tutela de “las otras víctimas” a la luz del caso Srebrenica”, *Revista de Jueces para la Democracia*, Agosto 2009, en especial pp. 171 y ss. Así como su trabajo anterior, RODRÍGUEZ ARIAS, M. A., “La nueva ley “de la memoria” y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo”, *Revista de Jueces para la Democracia*, n.º. 63, 2008, pp. 68-85.

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

²⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Lyashkevich v. Belarus*, Comunicación No 887/1999, CCPR/C/77/D/950/2000, párrafo 9.2.

verdad equivale a una violación del artículo 3)²⁸; b) en el derecho a la vida de familia (porque, cuando el Estado posee o controla información y, arbitrariamente y sin justificación, se niega a ponerla en conocimiento de los familiares, no está protegiendo ese derecho)²⁹; y c) en el deber del Estado de realizar investigaciones efectivas³⁰ (que también se vinculaba a una violación del artículo 3 del Convenio Europeo)³¹.

La propia Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, determina con claridad que los derechos y previsiones contenidas en la ley son plenamente compatibles con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia, conforme a las normas internas y los convenios internacionales suscritos por España³². Por ello, y en atención a todas las consideraciones que preceden, difícilmente puede admitirse la conclusión a la que se llega en el Auto cuando, refiriéndose a la decisión de abrir una investigación judicial, afirma que “el Magistrado querrellado actuó con la finalidad de eludir la decisión del legislador”³³. Más bien lo contrario, es el propio Magistrado-Instructor el que con semejante aseveración parece hacer caso omiso de la “decisión del legislador”, que en este punto viene a responder, de forma correcta, a una amplia jurisprudencia internacional que determina que, en el caso de graves violaciones a los derechos humanos que constituyan una infracción penal, la naturaleza del recurso efectivo debe ser esencialmente judicial³⁴.

A este mismo respecto, la interpretación de los requisitos de admisibilidad de las acciones en el sentido que más favorece el derecho de acceso a la jurisdicción y, por tanto, la tutela

²⁸ CÁMARA DE DERECHOS HUMANOS DE BOSNIA Y HERZEGOVINA: *Decision on Admissibility and Merits of 7 March 2003*, “Srebrenica Cases”, caso n.º CH/01/8365 y otros, párrafo 220 (4); ver también párrafo 191.

²⁹ *Ibíd.*, párrafos 181 y 220(3). Asimismo, véase RODRÍGUEZ ARIAS, M.A., “La prolongada ausencia de una “investigación oficial”...”, *op. cit.*

³⁰ CÁMARA DE DERECHOS HUMANOS DE BOSNIA Y HERZEGOVINA: *Decision on Admissibility and Merits of 11 January 2001*, *Palic v. Republika Srpska*, Caso n.º CH/99/3196; *Decision on Admissibility and Merits of 9 November 2001*, *Unkovic v. Federation of Bosnia and Herzegovina*, Caso n.º CH/99/2150.

³¹ A este respecto, NAQVI, Y., “El Derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?”, *RICR*, N.º. 862, junio 2006.

³² *Vid.* BOE de 27 de diciembre de 2007, artículo 4.1 y Disposición Adicional Segunda.

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

³⁴ Entre muchas otras, véase COMITÉ DE DERECHO HUMANOS: Decisión de 13 noviembre de 1995, Comunicación N.º 563/1993, *Caso Nydia Erika Bautista* (Colombia), CCPR/C/55/D/563/1993, párrafo 8,2. Igualmente ver la Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación N.º 612/1995, *Caso José Vicente y Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres* (Colombia), CCPR/C/60/D/612/1995, párrafo 8,2; Decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 2000, Comunicación N.º 778/1997, *Caso Coronel et al.* (Colombia), CCPR/C/70/D/778/1997, párrafo 6.4. El TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH), por su parte, ha considerado que “la noción de “recurso efectivo” implica [...] investigaciones profundas y efectivas destinadas a la identificación y castigo de los responsables y conlleva el acceso efectivo del quejoso a un procedimiento de investigación”, Sentencia (preliminares) de 18 de diciembre de 1996, en el caso *Aksoy c. Turquía*.

judicial efectiva —máxime cuando se han cometido “horrendos crímenes” (en palabras del Magistrado-Instructor)— no merece reproche penal alguno y constituye una actuación respetuosa y conforme con el Derecho internacional obligatorio para España. En este punto, el Auto no sólo no acierta en reconocer este principio de sólido arraigo en Derecho internacional, sino que va mucho más lejos y vierte una crítica emocional sobre la actuación del Magistrado querrellado, al sugerir que pudo obrar movido por “móviles altruistas”, como “el encomiable deseo de paliar el sufrimiento de las víctimas de los horrendos crímenes”³⁵, cosa que es de muy difícil aceptación en Derecho. Tampoco se detiene el Magistrado-Instructor en examinar o considerar que una actuación de un tribunal que contrariase la obligación de investigar constituye una denegación de justicia y viola, por tanto, las obligaciones internacionales del Estado. Finalmente, causa enorme preocupación que el Auto en cierta medida apunte a que una decisión del Magistrado querrellado, actuando al amparo del Derecho internacional no le exime de “la eventual responsabilidad penal en que pudiera haber (...) incurrido”³⁶.

En este último sentido, y como consideración final, es pertinente recordar aquí que en un caso donde se había alegado la violación de un derecho fundamental de orden procesal³⁷, el Tribunal Constitucional de Perú afirmó que:

“... toda pretensión que cuestione la regularidad de un proceso judicial requiere (...) [se] expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la controversia era de notoria trascendencia nacional y, por tanto, de alcances que trascendían el caso concreto (...) después de reconocerse que el Estado peruano, había “(...) omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas (...) la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados (...) **no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las leyes de amnistía** (...) sino también **toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal**, entre los cuales se encuentran resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor de los recurrentes”³⁸.

Y a mayor abundamiento, el mismo Tribunal estimó que:

“... dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste [el órgano jurisdiccional] goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos (...) por lo que

³⁵ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, p. 54.

³⁶ Vid. *Idem*.

³⁷ Recuérdese que en esta línea se pronunció el voto particular discrepante de tres de los Magistrados de la Sala de lo Penal en el Auto de 4 de diciembre de 2008. Sobre esta cuestión, véase VICENTE, L., “La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el Franquismo”, *Revista de Jueces para la Democracia*, Agosto 2009, pp. 143-169.

³⁸ Vid. Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2005, EXP. N.º. 4587-2004-AA/TC.

goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos”³⁹.

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

1 La Ley de amnistía de 15 de octubre de 1977

En líneas generales, entendemos preciso destacar, a modo de inicio, que en el Auto de 3 de febrero se critica al Magistrado querellado, por un lado, por su supuesto desconocimiento de los instrumentos internacionales, al citar incorrectamente determinadas disposiciones, y por otro, la interpretación que él realizó de la amnistía encuentra en el Auto, en varias ocasiones, el reproche emocional de “inexcusable ignorancia jurídica”⁴⁰. Para justificar lo referido, los concretos argumentos que sobre este particular utiliza el Auto giran en torno a tres postulados básicos: A) El carácter “democrático” de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977; B) La disposición del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949; y C) la Ley de Amnistía de 1977 y el Derecho internacional aplicable: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A) El carácter “democrático” de la Ley de Amnistía

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

“Es significativo, y seguramente exigía una mayor cautela en ese enjuiciamiento moral, recordar que la Ley 46/1977 no solamente fue aprobada por las mismas Cortes que elaboraron la Constitución democrática, sino que obtuvo el respaldo de prácticamente todas las fuerzas democráticas presentes en el Parlamento en ese momento. La iniciativa legislativa la adoptaron los grupos parlamentarios de UCD, Socialista, Comunista, Minoría Vasco-Catalana, mixto y Socialista de Cataluña. Solamente votó en contra el grupo Alianza Popular y otros dos diputados. Y, desde luego, solamente desde una ignorancia jurídicamente inexcusable cabe equiparar la amnistía allí decidida con cualquiera de los supuestos de amnistía unilaterales o *autoamnistías* a las que suelen referirse aquellos instrumentos internacionales y las decisiones de órganos de esa naturaleza, en especial los de corte político, tan profusa como poco atinadamente citados por el querellado en su resolución”⁴¹.

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

³⁹ Vid. Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 8 de julio de 2008, EXP. N°. 1417-2005-AA/TC.

⁴⁰ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, p. 41.

⁴¹ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, pp. 41-42.

“No debe olvidarse, por último, para quienes cuestionan la vigencia de la ley de Amnistía mediante su equiparación a las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” promulgadas en la República Argentina en 1986 y 1987 durante el Gobierno “Alfonsín”, o a otras normas de similar naturaleza adoptadas en otros países como Chile o Perú, claramente ilegales a juicio de la Corte Interamericana de derechos Humanos- que mientras éstas últimas pueden ser calificadas abiertamente como “leyes de impunidad”, al haber sido dictadas –y en gran medida impuestas bajo la amenaza de golpe militar– con la finalidad de evitar la persecución penal por los gravísimos crímenes perpetrados por los aparatos del Estado durante la Dictadura militar del período 1976-1983 y eximir de responsabilidad a sus partícipes, la ley de Amnistía fue, en todo su proceso de gestación y aprobación, una exigencia de las fuerzas políticas democráticas, ampliamente respaldada por la sociedad española, y aprobada por las Cortes nacidas de las primeras elecciones democráticas celebradas el 15 de Junio de 1977, las mismas Cámaras parlamentarias que redactaron y aprobaron la Constitución de 1978. Resultaría, pues, un absoluto disparate jurídico cuestionar la legitimidad de origen de esa norma y, lo que es peor, atribuirle el estigma de “ley de impunidad”⁴².

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

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

“... su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de

⁴² Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2008, p. 34.

Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas”⁴³.

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

“Se considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos: a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, como prevén los artículos 4, 13, 14 y 16 de la Declaración; (...) b) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes...”⁴⁴.

Finalmente, y en esta misma línea, para el caso de España conviene evocar recientes pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura. En sus Observaciones finales relativas al quinto informe periódico de España, el primero incluyó entre **los principales motivos de preocupación “el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977”⁴⁵, y estimó que España debería “considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977”⁴⁶**. Posteriormente, el Comité contra la Tortura tuvo oportunidad de reiterar al Estado español 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”⁴⁷; por lo que España **“debería asegurar que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía”⁴⁸**.

⁴³ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de derechos Humanos: Uruguay”, CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párrafo 1. Véase igualmente, la anterior decisión en el *Caso Hugo Rodríguez*, (Uruguay), Comunicación No. 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994.

⁴⁴ Vid. GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: Observación General del artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, párrafo 2.

⁴⁵ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos humanos al quinto informe periódico de España”, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párrafo 9 (negrita nuestra).

⁴⁶ Vid. *Idem*, (negrita nuestra).

⁴⁷ Vid. COMITÉ CONTRA LA TORTURA: “Observaciones finales del Comité contra la Tortura al quinto informe periódico de España”, CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009, párrafo 21.

⁴⁸ Vid. *Idem*, (negrita nuestra).

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

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

“Su artículo 6 se proclama aplicable al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas *en relación* con el conflicto armado. Que es exactamente el caso de los hechos objeto del proceso incoado por el querrellado. En el mismo además de proclamar la subsistencia de principios del proceso penal democrático, concluye en su apartado 5: *A la cesación de las hostilidades, las Autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado*”⁴⁹.

Ahora bien, conviene interpretar adecuadamente esta previsión para no llegar a conclusiones erróneas. Así, lo establecido en el Protocolo II ha de leerse en conjunción con los artículos de los Convenios de Ginebra que exigen la imposición de sanciones penales adecuadas para las infracciones graves de los Convenios, y no la exoneración a sí mismos de las responsabilidades en que se haya incurrido como consecuencia de ellas. De este modo, y en virtud del mismo concepto de unidad del Derecho internacional, no cabe sostener que una norma permita aquello que las disposiciones especiales de Derecho internacional prohíben; siendo, por tanto, la conclusión a extraer la necesidad de distinguir entre infracciones graves de los Convenios de Ginebra y otras violaciones relacionadas con el conflicto, resultando que es sobre estas últimas que se aconseja no penalizar a los combatientes, en su caso⁵⁰. Dicho de otro modo, como un aparente intento de estimular la consecución de la paz, esta “invitación” a conceder amnistías a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado, tras el cese de las hostilidades, debe entenderse referida a aquellos sujetos que, habiendo participado en el conflicto, no han cometido ninguna infracción grave de los Convenios de Ginebra. Es, pues, un supuesto que se aleja —obvia y considerablemente— de lo que el Auto sostiene.

Además, lo que realmente contempla el artículo 6 del Protocolo Adicional II es la concesión de amnistías por las autoridades (no a sí mismas) sino a quienes “hayan tomado

⁴⁹ *Vid.* Auto de 3 de febrero de 2010, p. 42.

⁵⁰ En este sentido, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe N.º 1/99, Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez, y Carlos Antonio Martínez Romero, El Salvador, caso 10.480”, 24 de enero de 1999, párrafo 111-116, en especial párrafo 115; HADDEN, T. y HARVEY, C., “El derecho de los conflictos y crisis internos”, *RICR*, N.º. 833, 1999; NAQVI, Y., “Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition”, *RICR*, N.º. 851, 2003, en especial pp. 603-605; ROHT-ARRIAZA, N. y GIBSON, L., “The Developing Jurisprudence on Amnesty”, *HRQ*, vol. 20, N.º. 4, 1998, en especial pp. 862-866; SALMÓN, E., “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”, *RICR*, N.º. 862, junio de 2006, en especial pp. 12-16.

parte en el conflicto armado”. Por consecuencia, no cabe admitir: a) la aplicación de la previsión a quienes no participaron en el conflicto armado y han cometido gravísimos crímenes contrarios al Derecho internacional, como tampoco —por lo ya expuesto— a quienes sí participaron pero sin embargo los cometieron; b) amparar en esa disposición la negativa a reconocer el derecho de los familiares a conocer la verdad y a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales españoles; como tampoco c) la exclusión, sobre esa misma base, de la obligación del Estado de investigar los hechos ocurridos con la finalidad de revelar la verdad sobre ellos y las circunstancias en las cuales se cometieron y reparar ampliamente a las víctimas.

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

“Cuando se aprobó el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo adicional II, la URSS declaró, en su explicación de voto, que no podía interpretarse la disposición de modo que permitiese a los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, eludir un castigo severo. **El CICR coincide con esa interpretación. Esas amnistías serían también incompatibles con la norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra** en conflictos armados no internacionales (véase la norma 158)”⁵¹.

El voluminoso estudio hace referencia a Resoluciones del Consejo de Seguridad, de la Comisión de Derechos Humanos e informes del Secretario General de las Naciones Unidas, donde se afirma que las amnistías no pueden abarcar los crímenes de guerra⁵². Se basa además en jurisprudencia internacional que respalda esta idea, así como en los órganos de derechos humanos que han declarado que las amnistías son incompatibles con el deber de los Estados de investigar los delitos en virtud del Derecho internacional⁵³.

⁵¹ Vid. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Comentario a la norma 159”, en HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., ET AL., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005 (version traducida al castellano del volumen I); en relación con el comentario a la norma 128 (“debería considerarse la posibilidad de una amnistía, salvo si están cumpliendo sentencia por un crimen de guerra (véase la norma 159)”, norma 132 (“las amnistías son una medida adecuada para facilitar el regreso, ya que garantizan que no se incoará ningún procedimiento penal por actos como la insumisión o la desertión, excluidos los crímenes de guerra y de lesa humanidad (véase la norma 159)” y norma 158 (ya que “existe suficiente práctica, como se ha señalado más arriba, para establecer la obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario de investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos en conflictos armados no internacionales y juzgar a los sospechosos”).

⁵² Entre otros, véase, CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: Resolución 1120 y Resolución 1315; COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: Resolución 2002/79; SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: Informe sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona e Informe sobre la protección de los civiles en los conflictos armados.

⁵³ Entre muchos otros, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto *Furundzija*, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*. Para más datos, véase apartado siguiente.

C) La Ley de Amnistía y el derecho internacional aplicable: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La posición del Magistrado-Instructor sobre este punto se basa esencialmente en que a su juicio, el PIDCP “ha sido incorporado al ordenamiento jurídico español (artículo 96 de la Constitución) con posterioridad a los hechos a que se refiere la ley de amnistía y que son objeto del proceso incoado por el querrellado, aunque el Pacto sea previo a la ley de amnistía”⁵⁴. Lo que le lleva a concluir que “en consecuencia, cualquiera que sea la opinión política que se mantenga sobre aquella decisión legislativa, mal puede proclamarse la nulidad jurídica de dicha Ley de amnistía en el momento de ser dictada”⁵⁵. Nótese que, en realidad, el Auto no discute que los artículos 2 e) y f) de la Ley de Amnistía de 1977 sean difícilmente compatibles con el artículo 2.3 a) del PIDCP. Tan sólo afirma que las obligaciones contenidas en este Pacto, aceptadas por España antes de aprobar la Ley de Amnistía, no pueden ser aplicadas a los hechos que interesan. Ciertamente, sí aparece alguna mención a la naturaleza de los recursos que impone el artículo 2.3; pero sobre esta cuestión de la licitud o ilicitud internacional de leyes de amnistía como la española, baste recordar, entre muchos otros ejemplos⁵⁶, la propia opinión del Comité de Derechos Humanos:

“Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”⁵⁷.

⁵⁴ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, p. 42.

⁵⁵ Vid. *Idem*.

⁵⁶ Véanse, a modo de ejemplo, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Senegal”, CCPR/C/79/Add.10, 28 de diciembre de 1992, párrafo 5; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Níger”, CCPR/C/79/Add.17, 29 de abril de 1993, párrafo 7; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia”, CCPR/C/79/Add.80, mayo de 1997, párrafo 12; “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Congo”, CCPR/C/79/Add.118, 27 de marzo de 2000, párrafo 12; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República de Croacia”, CCPR/CO/71/HRV, 4 de abril de 2001, párrafo 11. En el ámbito iberoamericano, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párrafo 10. Véase, igualmente, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párrafo 9; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”, CCPR/C/79/Add.67, 8 de noviembre de 1996, párrafo 9; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay”, CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párrafo 1 -véase igualmente, la anterior decisión en el *Caso Hugo Rodríguez*, (Uruguay), Comunicación No. 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994-; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile”, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párrafo 7; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador”, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párrafo 6.

⁵⁷ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observación General No. 20 sobre el artículo 7”, 44º período de sesiones del Comité de Derechos Humanos (1992), en Documentos Oficiales de la Asamblea

La confusión de base de los argumentos que el Magistrado-Instructor utiliza en este punto es la asimilación automática y completa del modo en que el Comité de Derechos Humanos ha interpretado su competencia temporal, de conformidad con el Protocolo Adicional Primero al Pacto, y la regla que ha de regir la interpretación y aplicación general de un tratado internacional⁵⁸. Así, el Auto se acoge sustancialmente a una decisión del Comité de hace cerca de dos décadas, en la que, ciertamente, se declaró incompetente para examinar lo que se denomina como una “comunicación individual” relativa a la Ley 23.521 de Argentina. Pero esto no ha impedido que el mismo Comité, actuando en el ámbito de otra de sus competencias –la revisión de informes periódicos de los Estados Partes-, declarase precisamente sobre esa misma medida legislativa que:

“El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente, incluyendo niños. El Comité expresa su preocupación de que el indulto como así también las amnistías generales puedan promover una atmósfera de impunidad por parte de los perpetradores de violaciones de derechos humanos provenientes de las Fuerzas de Seguridad. El Comité expresa su posición de que el respeto de los derechos humanos podría verse debilitado por la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos”⁵⁹.

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

General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/47/40), anexo VI.A, 10 de marzo de 1992, párrafo 15.

⁵⁸ Esto es, en virtud del Primer Protocolo Facultativo del Pacto, el Comité tiene competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados Partes. Por otro lado, están lo que se denominan “observaciones finales” con las que el Comité concluye el examen crítico de los informes periódicos que todos los Estados Partes deben presentar periódicamente al Comité para dar cuenta de “las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y (...) el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos” (art. 40 del Pacto). Además de los ejemplos que se citarán a continuación, recuérdese también lo ya recogido en las notas 45-48.

⁵⁹ *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párrafo 10. Véase, igualmente, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párrafo 9.

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

“... con preocupación que fue la autoridad democráticamente elegida y posterior al gobierno militar la que promulgó las leyes de “Punto Final” y de “Obediencia Debida”, esta última después de que el Estado hubiese ratificado la Convención contra la Tortura y sólo dieciocho días antes de que esta Convención entrara en vigor. El Comité considera que esto es incompatible con el espíritu y los propósitos de la Convención. El Comité observa asimismo que de esta manera quedan sin castigo muchas personas que perpetraron actos de tortura, igual que los treinta y nueve oficiales militares de rango superior a los que el presidente de la Argentina perdonó por decreto de 6 de octubre de 1989 (...). El Comité insta al Estado Parte a no dejar a las víctimas de la tortura y a las personas a su cargo sin reparación alguna...”⁶⁰.

Reiteramos, por lo expuesto, que un asunto es que un órgano determinado estime que la competencia que le han conferido los Estados no le permite examinar un caso o situación particular, y otro, muy diferente, que una medida legislativa u otra contravenga una obligación internacional que deriva de tratados internacionales de derechos humanos (por ejemplo, el PIDCP y la Convención contra la Tortura) suscritos por el Estado interesado y que, por tanto, son obligatorios para él. Pero en todo caso, y en lo que aquí realmente interesa, lo que ha de subrayarse es que si bien es verdad que a partir de la restrictiva interpretación de su competencia temporal, relativa a las comunicaciones individuales, realizada por el Comité de Derechos Humanos, puede proponerse alguna conclusión de carácter general, como ha hecho parte de la doctrina⁶¹, lo que es a todas luces injustificable es inferir de ahí que una decisión de un juez nacional que no comparta tal planteamiento, y en consecuencia realice otra interpretación, lleve a cabo una actuación prevaricadora.

El Derecho internacional no prohíbe a un juez de un Estado Parte aplicar el PIDCP a los efectos de reconocer a las víctimas de gravísimos crímenes internacionales perpetrados en el pasado, o a sus familiares, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a una reparación justa y adecuada. Muy al contrario, tal y como ya hemos destacado⁶², en el ya referido artículo 2.3 del Pacto, España como Estado Parte se comprometió a “garantizar que (...) b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial”. Y esto es lo que, precisamente, ha hecho el Magistrado querrelado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

⁶⁰ Vid. COMITÉ CONTRA LA TORTURA: “Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina)”, Suplemento NE 44 (A/45/44), 23 de noviembre de 1989, párrafo 9.

⁶¹ En este sentido, y en relación a España, GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, op. cit., pp. 104-106. Con anterioridad, y como menciona esta misma autora, con carácter más general puede verse, AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. AD-HOC S.R.L., Argentina, 1999, en especial p. 136.

⁶² Recuérdese en este sentido, lo recogido en la nota 22.

A este mismo respecto, y a modo ejemplificativo de lo anterior, baste recordar la reciente sentencia en el caso de *Alvarez Armellino y Larcebeau Aguirregaray*, en la que se concluyó, en lo que ahora ocupa, que:

“En algunas oportunidades, los Estados argumentan que la derogación y anulación de una ley de amnistía para los autores de graves violaciones a los derechos humanos vulnera el principio de no retroactividad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tópico en una decisión sobre la ley de amnistía en Chile. El Estado chileno afirmó, en el trámite del proceso internacional, que la derogatoria del Decreto Ley de amnistía no surtiría efectos contra los responsables de las violaciones debido al principio de la irretroactividad de la ley penal contemplado en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 19 de la Constitución de Chile. Al respecto, la Comisión Interamericana precisó que: "El principio de irretroactividad de la ley que consiste en que nadie puede ser condenado retroactivamente por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable, no podría ser invocado por los amnistiados por cuanto al momento de cometerse los hechos imputados se hallaban tipificados y penados por la ley chilena vigente." (...) La Corte constantemente en sus sentencias de reparaciones ha reiterado lo ya señalado en sus sentencias de fondo en cuanto al deber que tienen los Estados de investigar a todos los responsables y sancionarlos. Asimismo, ha indicado que los Estados deben garantizar que los procesos surtan efecto y deben abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad penal”⁶³.

A mayor abundamiento, resulta importante destacar también que, con todo, ni tan siquiera en el seno del mismo Comité de Derechos Humanos existe una posición indiscutida y unánime sobre lo anterior. Como bien demuestra la reciente decisión en el caso *Cifuentes Elgueta vs. Chile*, en la que se incluyó una Opinión Disidente de los miembros del Comité, Helen Keller y Fabián Salvioli. Por ser especialmente pertinente en lo que ahora interesa, procederemos a reproducir sus argumentos fundamentales:

“La desaparición forzada constituye una violación radical de varios derechos contenidos en el PIDCP. A tal fin cabe comprender, asimismo, la complejidad jurídica que un caso de desaparición forzada, un crimen continuado por definición, presenta en el plano temporal a una jurisdicción internacional como la del Comité de Derechos Humanos. 13.- Consideramos (...) que el Comité sería competente para entender en los hechos que hacen a la desaparición forzada en sí misma en cuanto constituyan violaciones al Pacto (partiendo de la privación ilegítima de la libertad); en ese sentido, caben examinar posibles violaciones del artículo 2.3 conjuntamente con los artículos 6, 7, 9, 10, 16, e incluso con el artículo 23 párrafo 1.14.- También entendemos que (...) el Comité podría haber considerado posibles violaciones cuyo principio de ejecución ocurrieron con posterioridad a la adhesión de Chile al Protocolo. Tal es el caso de la violación factible del artículo 2.3.a del Pacto, disposición que establece la obligación para el Estado de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el mismo hayan sido conculcados, pueda interponer un recurso efectivo. (...) 18.- Es evidente que dentro del artículo 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que destaca la posibilidad amplia de interponer un recurso ante autoridades competentes (judicial, administrativa o legislativa o de otro carácter), se consagra asimismo el derecho a una tutela judicial efectiva para hacer frente a violaciones de uno o más derechos contenidos en el instrumento internacional; lo cual se

⁶³ Vid. Sentencia nº 0157, Montevideo, 21 de octubre de 2009, *Alvarez Armellino, y Larcebeau Aguirregaray*, páginas 200-201, 193.

refuerza por la previsión establecida en el artículo 2.3 b), que señala la obligación para la autoridad que reciba aquel pedido de desarrollar las posibilidades del recurso judicial. 19.- El derecho a una tutela judicial efectiva se ha enriquecido con el paso del tiempo, y adquiere una dimensión específica en relación a los derechos que puedan haber sido violados en el Pacto. Cuando las jurisdicciones internacionales comenzaron a entender en materia de desaparición forzada encontraron la dificultad de que los convenios generales (como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros convenios regionales) no abordaban específicamente la situación de la desaparición forzada. Ello no les impidió, sin embargo, identificar violaciones de derechos humanos dentro de sus respectivas competencias, tal como lo señala la jurisprudencia constante del Comité de Derechos Humanos en la materia. 20.- Pero el fenómeno de la desaparición forzada de personas, ha generado el nacimiento de nuevos derechos que se han insertado por interpretación evolutiva dentro de los instrumentos generales mencionados; uno de ellos es el “*derecho a la verdad*”. Entendemos que las violaciones masivas o sistemáticas a los derechos fundamentales de la persona humana ofenden a la comunidad internacional en su conjunto, generan obligaciones *erga omnes* y engendran el deber de ***investigar exhaustivamente*** los hechos. (...) 22.- En consonancia con el avance indicado, resolviendo algunas peticiones individuales que tramitan bajo el procedimiento establecido en el Protocolo I Anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que la autora en un caso, hermana de una persona desaparecida, ***tenía el derecho*** de conocer que había sucedido con su hermana⁶⁴ 23.- ¿Dónde se ubica el “*derecho a la verdad*” dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos? Indudablemente dentro del derecho a un recurso efectivo (art. 2.3. a), leído conjuntamente con la obligación general de respetar y garantizar los derechos contenidos en el Pacto a toda persona sin discriminación alguna (art. 2.1). 24.- El “*derecho a la verdad*” conlleva, bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho de obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes; por ello, el Estado debe ***investigar efectivamente*** los hechos constitutivos de la desaparición forzada, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales. 25.- El Comité ha señalado en el caso Nidia Erika Bautista, que los Estados tienen la obligación de investigar a fondo las violaciones a los derechos humanos y ***juzgar y castigar*** a quienes sean responsables de esas violaciones⁶⁵, siendo ese deber aplicable *a fortiori* de la identificación de los autores. Dicha jurisprudencia se mantuvo en otros asuntos posteriores⁶⁶. 26.- En virtud del derecho individual y social a la verdad, el deber de investigar y juzgar hechos tales como la desaparición forzada, abandona progresivamente su naturaleza de “obligación de medio” y se encuentra en tránsito de constituirse como una “obligación de resultado”. En este aspecto, creemos que deben distinguirse los diferentes componentes de dicha obligación estatal. 27.- La obligación de investigar, implica llevar adelante una investigación exhaustiva, con todos los medios al alcance del Estado, quien debe eliminar todo obstáculo jurídico o de hecho que entorpezca o limite a aquella. De ninguna manera se satisface esta obligación con la toma de medidas formales o acciones de alcance general; el Estado, para cumplir con su deber investigativo, debe garantizar que todas las instituciones públicas brinden las facilidades necesarias al tribunal ordinario que conoce el caso y, en consecuencia, deberán remitirle la información y documentación que les solicite, así como llevar a su presencia a las personas que éste requiera y realizar las diligencias que les ordene en dicho sentido. (...) 28.- La obligación de juzgar a las personas responsables debe cumplirse una vez que las personas presuntamente responsables hayan sido identificadas. El

⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Comunicación 107/1981 párrafo 14; *Elena Quinteros* (Uruguay).

⁶⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Caso *Nidia Erika Bautista* (dictamen de 27 de octubre de 1995, Comunicación 563/1993).

⁶⁶ Caso *José Vicente y Amado Villafañe, Luis Napoleón y Angel María Torres Crespo y Antonio Hugues Chaparro* (dictamen de 29 de julio de 1997, Comunicación 612/1994), párrafo 8.8.

juzgamiento de dichas personas debe efectuarse con el debido respeto a todas las garantías y derechos consignados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 29.- La obligación de dar a conocer el destino de las personas desaparecidas cuando dicha acción es imputable al Estado constituye, a nuestro juicio, una obligación de resultado. Cuando el Estado ha sido responsable, no solamente es inaceptable éticamente sino desde el punto de vista jurídico, que no otorgue a los familiares las respuestas necesarias para procesar el derecho al duelo en caso de que las personas desaparecidas hayan sido ejecutadas extrajudicialmente. Un “*recurso efectivo*” (en los términos del artículo 2.3. a), debe ser entendido como aquel que cumple el propósito para el cual ha sido creado; y en la desaparición forzada de personas un recurso efectivo es aquel que permite averiguar el destino de la víctima. Si el Estado ha sido capaz de “hacer desaparecer” una persona, entonces debe ser capaz de decir cómo lo ha hecho y donde se encuentra actualmente, o donde se encuentran sus restos mortales. 30.- Otra posible violación en este tipo de casos, (...), está dada por los tratos crueles o inhumanos que experimenta una persona familiar de alguien que ha desaparecido en una acción u omisión imputable al Estado, cuando este priva toda información respecto de la suerte corrida por esa persona. En el caso Yurich el Comité tuvo la oportunidad de expresarse sobre dicha argumentación, y lamentablemente el voto de la mayoría no explicó los motivos por los cuales dicha violación alegada no fue desarrollada jurídicamente 31.- En efecto, la angustia que experimenta alguien ligado afectivamente a la persona desaparecida, por ejemplo un familiar cercano como la madre de aquella, al no conocer el destino de la víctima, constituye salvo prueba en contrario que demuestre la falta de afecto efectiva, una violación al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aún en el caso de la muerte, la familia tiene, y debe serle garantizado por el Estado, que poder realizar su derecho al duelo y así, intentar continuar con su vida de la mejor manera posible en medio de tan trágicas circunstancias. **IV.- Consideraciones finales.** 32.- La complejidad de un caso de desaparición forzada obliga al Comité de Derechos Humanos a prestar la mayor atención a los tiempos de comisión de las posibles violaciones a los derechos humanos en favor de decidir su competencia. Cabe entender y considerar que hay hechos cuyo “momento de comisión de la violación” pueden darse con posterioridad a la privación de la libertad de la persona, y constituir violaciones autónomas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 33.- La evolución experimentada por el derecho internacional de los derechos humanos se dirige inequívocamente a brindar efectiva justicia para las víctimas de violaciones aberrantes como las desapariciones forzadas. Actualmente se encuentra superada la falsa dicotomía entre verdad y justicia, y en consecuencia los intentos de justicia material efectiva deben ser acompañados de forma clara por parte de los órganos encargados de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos en la medida en que sus competencias lo permiten. 34.- Los crímenes contra la humanidad lesionan al conjunto de la sociedad internacional y son intolerables de acuerdo al derecho internacional actual. La investigación y el castigo de las personas responsables constituyen imperativos éticos que obligan a los Estados a desplegar los máximos esfuerzos para evitar la impunidad y conocer la verdad de los hechos. 35.- **Es nuestro deseo de que la jurisprudencia futura del Comité de Derechos Humanos pueda avanzar en la línea destacada en el presente voto disidente, en el entendimiento sincero de que ello no solamente es jurídicamente compatible con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, sino que constituye la interpretación que mejor otorga efecto útil al objeto y fin de dichos instrumentos**⁶⁷.

⁶⁷ Vid. Opinión Disidente de los miembros del Comité Helen Keller y Fabián Salvioli, Comunicación No. 1536/2006; *Cifuentes Elgueta vs. Chile*, párrafos 12-35 (la última negrita es nuestra).

También ha de recordarse que lo afirmado en el Auto tampoco responde a una posición común de todos los órganos internacionales que aquí interesan. A este respecto, valga mencionar como ejemplo reciente la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la supuesta falta de competencia *ratione temporis* para conocer un caso de desaparición forzada alegada por el Estado Parte. Sostenía éste que no existía un instrumento que permitiera imputarle responsabilidad internacional por dicho acto, ya que las obligaciones jurídicas internacionales nacen cuando un Estado se incorpora a un instrumento internacional. Sin embargo, la Corte Interamericana señaló al efecto lo que seguidamente transcribimos y que pudiera constituir —caso de seguir el razonamiento empleado por el Magistrado-Instructor— una interpretación “manifiestamente contraria a Derecho”:

“... cabe distinguir entre actos instantáneos y actos de carácter continuo o permanente. Éstos últimos “se extiende[n] durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. Por sus características, una vez entrado en vigor el tratado, aquellos actos continuos o permanentes que persisten después de esa fecha, pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado Parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados. Dentro de esta categoría de actos se encuentra la desaparición forzada de personas, cuyo carácter continuo o permanente ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido. Con base en lo anterior, la Corte considera que la Convención Americana produce efectos vinculantes respecto de un Estado una vez que se obligó al mismo. En el caso de México, al momento en que se adhirió a ella, es decir, el 24 de marzo de 1981, y no antes. De esta manera, de conformidad con el principio de *pacta sunt servanda*, sólo a partir de esa fecha rigen para México las obligaciones del tratado y, en tal virtud, es aplicable a aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, es decir, a los que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aún después de esa fecha, puesto que ellas se siguen cometiendo. **Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia**”⁶⁸.

2. Los crímenes de lesa humanidad, incluida la desaparición forzada de personas, en el derecho internacional

A) Crímenes contra la humanidad e imprescriptibilidad

Como premisa fundamental, es insoslayable comenzar destacando algo que sin duda llama la atención, a saber, que el Auto de 3 de febrero de 2010 no dedica espacio alguno a profundizar en si es acertada, o no, la calificación de los hechos examinados como crímenes

⁶⁸ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafos 22-24 (negrita nuestra).

de lesa humanidad que realiza en sus Autos el Magistrado querellado, D. Baltasar Garzón Real. Sin embargo, del tenor del Auto parece extraerse que, a juicio del Magistrado-Instructor D. Luciano Varela Castro, todos y cada uno de los crímenes objeto de la investigación iniciada por aquél y comprendidos en el período 1936-1952⁶⁹, a) directamente y sin mayor consideración, no pueden caracterizarse como crímenes de lesa humanidad; b) bien aunque así fuere, tal carácter resultaría jurídicamente irrelevante; c) o bien -y en este caso de manera expresa- aun con ello no puede entenderse bajo ningún concepto que sean crímenes no sujetos a prescripción.

A este respecto, ha de apuntarse de inicio que ciertamente ha sido y es una cuestión compleja y ampliamente discutida determinar el momento a partir del cual los hoy conocidos como crímenes de lesa humanidad fueron así tipificados en el Derecho internacional, adquiriendo relevancia plena en el ámbito de la responsabilidad penal individual. También lo es establecer a partir de cuándo se reconoció su imprescriptibilidad. Con todo, como ya anunciamos, no es el objeto de este artículo presentar nuestra visión sobre estos particulares; pero sí destacar que la legítima defensa de una u otra posición, perfectamente ejemplificada en la doctrina española más reciente⁷⁰, no puede de ningún modo justificar que aquél que defienda una postura diferente a lo que el Auto reputa como “razones (...) jurídicamente no asumibles”⁷¹, esté prevaricando. Es decir, disentir con otra tesis de lo que en el Auto se considera como “interpretación razonable de las normas de nuestro ordenamiento jurídico”⁷² es, en realidad, un mero desacuerdo jurídico; pero no puede considerarse como actuación prevaricadora, lo que es un exceso notorio y sin justificación. Aun más, como ha indicado recientemente la profesora Manjón-Cabeza Olmeda: “El Tribunal Supremo no puede utilizar el delito de prevaricación para coartar la libertad exegética que caracteriza nuestro Derecho. **El carácter injusto de una resolución no ha de buscarse dentro de los márgenes en los que se mueve la interpretación permitida de las normas, sino fuera de los mismos y solo en los casos más extremos de contrariedad con la ley.** Lo contrario nos llevaría a la perversión de nuestro sistema de interpretación y aplicación del Derecho y su sustitución por una especie de dictadura del Alto Tribunal, que asumiría el monopolio de la exégesis del Derecho y convertiría a todos

⁶⁹ Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Proc. Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional.

⁷⁰ Véase, a modo de ejemplo, las tesis defendidas por las profesoras Margalida Capellá i Roig y Alicia Gil Gil. Cfr. CAPELLÁ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, así como: “Las “desapariciones forzadas” en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo”, en SOROETA LICERAS, J. (ed), *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. VI, 2006; frente a GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, op. cit.

⁷¹ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, p. 34.

⁷² Vid. *Ibid.*, página 36.

los demás Tribunales y Jueces en autómatas ejecutores de una doctrina única”⁷³. A lo que cabe añadir, en palabras de Louis Joinet, que “la utilización del delito de prevaricación puede suponer un grave precedente y dar ideas a los dirigentes de países no democráticos”⁷⁴.

Sentando lo anterior, valga comenzar recordando aquí que la desaparición forzada de personas constituye un crimen bajo el Derecho internacional, reconocido como ilícito penal tanto por el Derecho internacional consuetudinario como el convencional, y dotado de unas características propias, claramente determinadas⁷⁵. En este orden de ideas, cabe traer a colación aquí las siguiente afirmación de la Comisión Internacional de Juristas:

“Como delitos internacionales, la incriminación y el régimen de responsabilidad penal de las graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes internacionales, como lo son las desapariciones forzadas, son establecidas por el Derecho internacional con independencia de la que pueda establecerse en el Derecho interno de los Estados”⁷⁶.

A efectos meramente expositivos en este momento, merece la pena brevemente recordar cuales son algunas de estas consecuencias jurídicas que se derivan de tal reconocimiento. Por citar solo dos ejemplos, uno internacional y otro nacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Barrios Altos* explicitó, sobre la base de la normativa internacional general, que:

⁷³ Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Prevaricación e interpretación judicial. (A propósito del Auto del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2010, por el que se deniega el sobreseimiento pedido por el Juez Baltasar Garzón en la causa de la «Guerra Civil»)”, *Diario la Ley*, año XXI, número 7367, p. 2.

⁷⁴ Vid., la entrevista de J.M. Lázaro a Louis Joinet en el *Diario el País* de 24 de marzo de 2010 (negrita nuestra).

⁷⁵ En la doctrina, véase al respecto DE FROUVILLE, O.: “Les disparitions forcées”, en ASCENSIO, H., DECAUX, E. ET PELLET, A., *Droit international pénal*, CEDIN - Paris X, Editions A Pedone, París, 2000, pp. 377 y siguientes; RODLEY, N., *The treatment of prisoners under international law*, Clarendon Press-Oxford, Second Edition, 1999, pp. 266- 269; AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, op. cit., pp. 113 y siguientes; y *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Ediciones APDH, Buenos Aires 1988. Además de por tribunales internacionales (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA: Caso *Procurador c. Zoran Kpreskic et al*, Sentencia de 14 de enero de 2000, IT-95-16-A, párrafo 566), innumerables Resoluciones de la ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (Resolución 49/193 de la Asamblea General, adoptada el 23 de diciembre de 1994, Resolución 51/94 de 12 de diciembre de 1996 y 53/150 de 9 de diciembre de 1998, entre otras) y la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (Resoluciones 1996/30 de 19 de abril de 1996, 1994/39 de 4 de marzo de 1994 y 1995/38 de 3 de marzo de 1995, entre otras).

⁷⁶ Vid. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS: “Amicus Curiae ante la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú sobre la desaparición forzada de Ernesto Castillo Pérez (Recurso de Nulidad: expediente 2779-2006)”, 28 de febrero de 2001, p- 6. Asimismo, en la doctrina, ver AGUILAR CAVALLO, G., *La Desaparición Forzada de Personas: Naturaleza, Fuentes y Jerarquía. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, Estudios constitucionales, Santiago, 2009.

“... son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁷⁷.

Por su parte, la Corte Suprema de Chile, en el caso de *Miguel Ángel Sandoval*, afirmó que la desaparición forzada, por ser un crimen de Derecho internacional:

“... acarrea las siguientes consecuencias jurídicas: la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado, la inadmisibilidad de la eximente de obediencia debida a una orden superior, la jurisdicción universal, la obligación de extraditar o juzgar a los responsables del delito, la obligación de no otorgar asilo a los responsables del delito, la imprescriptibilidad de la acción penal, la improcedencia de beneficiarse de actos del poder ejecutivo o legislativo de los cuales pueda resultar la impunidad del delito y la obligación de investigar y sancionar a los responsables del delito”⁷⁸.

No obstante, el Auto elude de plano todas estas cuestiones y cualquier enfoque internacional, para sostener sus argumentos básicamente en una consideración tan particular como personal de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*⁷⁹. Reservándonos en este momento nuestro parecer sobre el modo en que el Tribunal Supremo interpretó el principio de legalidad en la sentencia referida⁸⁰, lo que parece difícilmente compatible es la siguiente valoración que el Auto realiza a partir de la citada sentencia:

“extraer la conclusión de que aquel contexto (de crímenes contra la humanidad) autoriza a prescindir de la *prescripción* de la responsabilidad penal por los delitos erigidos en objeto del proceso (...) no solamente se hace al margen de lo que dijimos en la Sentencia de 1 de octubre de 2007, sino de cualquier interpretación razonable de las normas de nuestro ordenamiento jurídico”⁸¹.

La singular contundencia de este planteamiento es cuanto menos desconcertante, dado que la propia sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo* no deja lugar a dudas sobre la

⁷⁷ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Barrios Altos vs Perú*, Sentencia (fondo) de 14 de marzo de 2001, párrafo 41.

⁷⁸ Vid. CORTE SUPREMA DE CHILE: Sentencia de la Sala Segunda de 17 de noviembre de 2004, rol n° 517-2004, párrafo 39.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo N°: 798/2007, de 1 de octubre de 2007.

⁸⁰ En lo que aquí interesa, sobre esta sentencia puede acudir a OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 64-67, 161-183, cuya posición y conclusiones compartimos en este punto. Para una visión divergente, puede acudir a GIL GIL, A.: “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*”, en CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Nuevos Desafíos del Derecho penal internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, pp. 391-409.

⁸¹ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, p. 36.

definición y contenido del delito de desaparición forzada⁸². Y a mayor abundamiento, expresamente el mismo Tribunal Supremo confirma en esta decisión que:

“De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*. Consiguientemente, tanto las normas de Derecho penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos.

(...) Por otro lado, la ley no prohíbe sino que exige que el Tribunal tenga en cuenta la gravedad del hecho para la individualización de la pena, y aunque es necesario acudir a criterios jurídicos adecuados al ordenamiento, no es preciso que la valoración se base en circunstancias expresamente contempladas en la ley. Han de tenerse en cuenta, en este sentido, los bienes jurídicos lesionados y además que los hechos fueron ejecutados amparándose los autores en el poder detentado tras un golpe de Estado; que estaban orientados a asegurar la instauración de un régimen violentamente antidemocrático mediante la eliminación física de la disidencia activa, y que fueron desarrollados en secreto y en situación de clandestinidad. Su carácter delictivo no ofrece dudas, ni pudo ofrecerlas entonces a sus autores. La relevancia de las circunstancias en las que los hechos perseguidos fueron ejecutados tampoco es dudosa ni lo era entonces”⁸³.

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

“De todos modos, las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal. **No es preciso examinar aquí la cuestión de la prescripción, pues en todo caso no transcurrieron veinte años desde los hechos hasta la querrela o hasta el acuerdo del Juez para citar como imputado al recurrente.**”⁸⁴

De este modo, concluir que cuando el Magistrado querrellado justamente pasó a examinar la cuestión de la prescripción, esto es, vino a analizar aquello sobre lo que el Tribunal

⁸² Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ° 6 y 12.

⁸³ *Vid. Ibid.*, FJ° 6.

⁸⁴ *Vid. Idem* (negrita nuestra).

Supremo no se pronunció, lo que hizo fue actuar “al margen de lo que dijimos en la Sentencia de 1 de octubre de 2007”⁸⁵, como el Auto pretende, resulta simplemente insostenible.

Desde luego, cabe compartir o disentir de los argumentos empleados para llegar a la conclusión alcanzada por el Magistrado querrellado, al afirmar la existencia de un “contexto de crímenes contra la humanidad y que son imprescriptibles”⁸⁶. Pero insistimos nuevamente en que valorarlos sencillamente como una prueba inequívoca de una actuación prevaricadora es a todas luces una afirmación exagerada o desmedida. Máxime cuando el argumento pretendidamente fundamental que esgrime el Auto para demostrar lo erróneo de todo lo que indicó el Magistrado querrellado, es que:

“Tampoco el Derecho Internacional ha establecido de manera unívoca la imprescriptibilidad de tales delitos. No lo hacía en el tiempo de los hechos. Ni lo hace en la actualidad. *La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aprobada el 20 de diciembre del 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, no prohíbe la posible prescripción sino que prevé expresamente su admisión en el Derecho interno de los Estados (artículo 8)”⁸⁷.

Dicho en otros términos, según el Auto de 3 de febrero pasado resulta indiscutible que, tanto en el momento de los hechos como en la actualidad, los crímenes contra la humanidad no pueden ser valorados como crímenes imprescriptibles. Pero lo cierto es que, por remitirnos a una causa reciente, en el caso de los SS Totenkopf (campos de concentración nazis) que actualmente se sigue ante la Audiencia Nacional en base al principio de jurisdicción universal, el juez de instrucción al dictar el Auto de procesamiento el pasado septiembre de 2009 no sólo consideró que los hechos denunciados “revisten, por ahora, y salvo ulterior calificación, los caracteres de los delitos de genocidio y **lesa humanidad previstos y penados en los arts. 607 y 607 bis** del Código Penal”⁸⁸, sino que, en ningún momento, ni en dicho Auto, ni en el de admisión a trámite, se plantea la cuestión de la prescripción de tales delitos⁸⁹. En todo caso, lo más relevante es que el único elemento que

⁸⁵ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, p. 36.

⁸⁶ JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº. 5 de la Audiencia Nacional, Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Proc. Abreviado 399/2006 V, p. 51.

⁸⁷ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, p. 36.

⁸⁸ Vid. JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 2, Auto de 17 de Septiembre de 2009, SUMARIO 56/2009-C (D.P. 211/2008), RJ 1º.

⁸⁹ Quizás porque al considerar que “[l]a categoría de los crímenes contra la humanidad es una categoría preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario (...). El principio de legalidad aplicable a los delitos internacionales tales como los crímenes contra la humanidad no es el interno, sino el internacional contenido del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (...). El CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conducta anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificadas en el CP español (...) El crimen de lesa humanidad (prohibida por norma de *ius cogens*) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal”

el Auto presenta para sostener una afirmación, de tanto peso, es el artículo 8 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Ahora bien, convendrá llamar la atención sobre el hecho de que no es el artículo 8, sino el artículo 5, el que contiene la mención pertinente si de crímenes de lesa humanidad se está hablando, puesto que esta disposición prevé que:

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

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

“1. La acción penal y la pena derivadas de la desaparición forzada son imprescriptibles, cuando ésta constituya un crimen contra la humanidad de acuerdo con el artículo 3 de la presente Convención.

2. Cuando la desaparición forzada no constituya un crimen contra la humanidad, de acuerdo con el artículo 3 de la presente Convención, el término de prescripción de la acción penal y de la pena derivadas del delito será el más extenso contemplado en la legislación de cada Estado Parte y se contará a partir del momento en que el destino o el paradero de la persona desaparecida hayan sido aclarados con certeza. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sean efectivos, se suspenderá la prescripción hasta que estos recursos recobren efectividad.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para adaptar su legislación a lo establecido en los párrafos anteriores”⁹⁰.

Asimismo, la convicción de que la prohibición, por ejemplo, de actos de genocidio, tortura y desaparición forzada de personas —sobre todo cuando se configuren como crímenes de lesa humanidad— constituye una norma imperativa de Derecho internacional, permite

(Auto de 17 de julio de 2008), **necesaria y correctamente acepta el principio de derecho internacional** (recogido en el Derecho internacional consuetudinario y afirmado por el convencional, así como jurisprudencia internacional y nacional) según el cual **toda limitación temporal a la investigación de delitos de lesa humanidad está prohibida**. Por ejemplo, en este sentido ver artículo 29 del Estatuto de Roma dispone que “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán” y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Papon contra Francia*, App. No. 54210/00, (15 de noviembre 2001), p. 21 (“el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad no puede ser sometido a limitaciones de tiempo”).

⁹⁰ Vid. E/CN.4/Sub.2/1998/WG.1/CRP.2/Rev.2, de 17 de agosto de 1998. Sobre todo este particular puede consultarse, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la ‘Ley de Memoria Histórica’”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro, Nueva Época*, núm. 7/2008, pp. 13-55.

entender que éste impida la imposición de limitaciones temporales a la investigación y el enjuiciamiento de los autores. Así se defiende con claridad en la jurisprudencia de tribunales internacionales y nacionales⁹¹; a modo de ejemplo, recuérdese que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso Almonacid Arellano*, afirmó que:

“... por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". 153. Aún cuando Chile **no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella**. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”⁹².

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

“[la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968] **no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario**, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguió

⁹¹ Por ejemplo, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2009; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS: *Caso Papon contra Francia*, App. No. 54210/00, de 15 de noviembre de 2001, página 21 (“el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad no puede ser sometido a limitaciones de tiempo”); caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia* sobre Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva, Sección 4ª, decisión sobre admisibilidad de 17 de enero de 2006; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina vs Yugoslavia)*, Objeciones Preliminares, Sentencia de 11 de julio de 1996, párrafo 31. Así mismo, decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) de 24 de agosto de 2004, y la ya referida Sentencia n° 0157, Montevideo, 21 de octubre de 2009, *Alvarez Armellino, y Larcebeau Aguirregaray*. Para más datos, véanse los ya citados Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones; Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobado por la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 3 de diciembre de 1973; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

⁹² *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANO, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006 (Serie C No. 154), párrafos 152-153 (negrita nuestra).

la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal⁹³.

Por ello, en la medida en que la interpretación o apreciación del Magistrado querellado tiene en cuenta el Derecho internacional no puede ser ni arbitraria, ni infundada, ni extravagante, ni manifiestamente errónea. En definitiva, el Auto de 3 de febrero causa desconcierto en este punto porque no sólo evita o ignora el debate expuesto, sino que lo considera, en realidad, como inimaginable o imposible. Con todo, quizá la postura de fondo que dicho Auto defiende es que en ninguno de los momentos de todo el período que cubren los crímenes inicialmente investigados por el Magistrado querellado (1936-1952)⁹⁴, puede predicarse el carácter imprescriptible de –en su caso– los crímenes contra la humanidad, y que, cuando fuere que tal carácter hubiese sido declarado, no podría ser aplicado “retroactivamente”. Frente a este planteamiento, como ya hemos indicado, muchos otros defienden justamente lo contrario⁹⁵, sin que por otra parte tampoco pueda afirmarse que el Tribunal Supremo haya determinado de forma tajante una fecha concreta en lo que ahora ocupa. Más aun, las primeras referencias temporales que menciona el Alto Tribunal anteceden desde luego al período acotado por el Magistrado querellado, en los siguientes términos literales:

“Las referencias a estas conductas (hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares) en el Derecho Internacional Penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de derecho interno. **Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Martens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza**”⁹⁶.

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

⁹³ Vid. CORTE SUPREMA ARGENTINA: Sentencia "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de libertad", sentencia de fecha 14 de junio de 2005, Causa 17.768, Voto Ministro Raúl Zaffaroni, considerando 27 (negrita nuestra).

⁹⁴ JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº. 5 de la Audiencia Nacional, Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Proc. Abreviado 399/2006 V.

⁹⁵ Ver *supra* y en la doctrina española reciente, nota 70.

⁹⁶ Vid. TRIBUNAL SUPREMO, sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ 6 (negrita nuestra).

B) La desaparición forzada como crimen permanente

Sobre este particular, el Auto de 3 de febrero de 2010 sigue la misma línea y adolece de similares deficiencias que las advertidas en el apartado anterior. Sin embargo, esta vez el Auto desarrolla algo más los argumentos que vendrían a sostener sus conclusiones. Así, en cuanto al ordenamiento jurídico internacional se indica que:

“La transmutación del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero en el delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad, no solo es jurídicamente inaceptable y ajena a cualquier interpretación usual, sino irrelevante a estos efectos de toma en consideración de la prescripción. Es jurídicamente inviable porque, prescindiendo de la concurrencia o no de los elementos típicos del artículo 607 bis.2.6º del Código Penal de 1995 en su redacción hoy vigente, como dijimos en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, que el querellado cita, **en modo alguno puede darse vigencia retroactiva a este tipo penal.** La asimilación tampoco podría conducir a una eventual imprescriptibilidad que, para delitos de esa naturaleza, se introdujo muy posteriormente en nuestro Código Penal, al dar nueva redacción al artículo 131 del mismo la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, con efectos desde 1 de octubre de 2004. Y es que las normas sobre prescripción solamente son retroactivas a favor de reo. Y cuando esa modificación entra en vigor, la **prescripción** por los hechos denunciados **ya se habría consumado** (Consulta 6/1955, de 23 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo). La equiparación de la detención ilegal sin dar razón del paradero con el actual delito del artículo 607 bis. 2.6º -desaparición forzada de personas-, busca, tergiversando las tipificaciones legales, una expansión de la “situación ilícita”. Si el bien jurídico protegido ya no es solamente la libertad del desaparecido, sino el conocimiento de su paradero por los familiares y próximos, podría decirse que, si permanece la ocultación del paradero o de la eventual liberación a los allegados, la “situación ilícita” subsistiría, aunque el desaparecido fuese libre. Así lo ratificaría el artículo 24 de aquella Convención internacional al definir en el artículo 24 que *1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “víctima” la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. 2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.* Precisamente esa **diversidad de bienes jurídicos entre la desaparición forzada de personas y la detención ilegal sin dar razón del paradero** -del Código Penal de 1944 y siguientes- que es más evidente tras la actual redacción del artículo 166 del vigente Código Penal, hace que no sea equiparable al nuevo 607 bis. 2 6º. Y precisamente por eso no cabe aplicar a aquél el régimen de prescripción en la determinación del día inicial del cómputo de tiempo, solamente explicable desde la consideración de la antijuricidad del nuevo tipo delictivo”⁹⁷.

A modo de consideración preliminar, cabe recordar que la desaparición forzada que no reúne los elementos de crimen de lesa humanidad –porque se perpetra de manera esporádica o aislada⁹⁸- no se halla, en efecto, contemplada aún como tal en el Código Penal español⁹⁹. Ello explica por qué los tribunales recurren a la figura de derecho interno que

⁹⁷ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, pp. 38-40.

⁹⁸ Cuando “la detención ilegal” se trata de un delito de lesa humanidad, ver artículo 607.2.7 bis) del Código Penal.

⁹⁹ España depositó el instrumento de ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas

más se acerca a la situación de desaparición forzada de personas: el delito ordinario o común de detención ilegal o secuestro sin razón del paradero. Esta aplicación, a todas luces “imperfecta” (que no “inaceptable y ajena”) por vía de la analogía interna (que no “transmutación” o “tergiversación”), no parece muy alejada de la posición que adoptó el Tribunal Supremo en el tan citado caso *Scilingo*. Pero incluso aunque no se compartiera tal interpretación, es incuestionable que España –como cualquier Estado– no tenga la potestad de elegir cómo definir o tipificar aquellas conductas prohibidas por el Derecho internacional¹⁰⁰; cuanto más (recordemos el principio *pacta sunt servanda*), si se ha comprometido a ello mediante un tratado internacional. Además, la deficiente tipificación de tales conductas —que llevara a los tribunales a concluir la imposibilidad de someter a proceso a una persona— es una omisión o defecto que no puede obstaculizar la persecución de tal conducta. Si tal fuera el caso, se estarían ignorando obligaciones convencionales de Derecho internacional¹⁰¹, como por citar un solo ejemplo general de entre los muchos posibles, la obligación de investigar y proporcionar un recurso efectivo prevista en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aparte lo anterior, es cuestionable la opinión limitada del Auto en el correcto entendimiento de la definición de delito permanente o continuado¹⁰² y de sus consecuencias en lo que ahora interesa; si bien, debemos mencionar al menos que a nuestro entender, lo relativo al momento en que cesó “la conducta ilícita” es una cuestión que debería determinarse tras la oportuna investigación criminal, en sede judicial, y no “hipotéticamente” en el marco de un proceso por prevaricación. Pero al margen de ello,

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

¹⁰⁰ Apúntese que en el caso del artículo 607 bis. 2 6º del Código Penal, el tipo tampoco contiene todos los elementos del delito de desaparición forzada y por tanto adolece de los mismos defectos del tipo ordinario, lo que supone una incorrecta implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del que España es un Estado Parte. Así pues, la alusión del Magistrado-Instructor a tal disposición es irrelevante.

¹⁰¹ En este sentido, AMNISTÍA INTERNACIONAL: “España: Ejercer la Jurisdicción Universal para acabar con la impunidad”, Serie Estrechando el cerco, EUR 41/017/2008, 15 de octubre de 2008.

¹⁰² Como es sabido, desde la perspectiva del Derecho internacional es común el uso de ambas expresiones. Véase, por ejemplo, E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006, párrafo 66.

apuntaremos que cuando en el Auto se alude a que la prescripción de los hechos denunciados ya se habría consumado, se obvia que la consumación permanece, se prolonga, en el tiempo hasta tanto no se conozca el paradero de la persona o se aclaren los hechos; realidad que, no obstante, es luego mencionada por el propio Magistrado-Instructor¹⁰³. Esta característica, “inherente a la naturaleza misma de las desapariciones forzadas”¹⁰⁴, al ser la “desaparición forzada un crimen continuado por definición”¹⁰⁵, ha sido claramente reconocida, como no podría ser de otro modo, por la jurisprudencia internacional y nacional. En cuanto a la primera, y sin olvidar la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a este respecto¹⁰⁶, valga recordar dos ejemplos recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamentados más allá del Derecho regional interamericano. En el caso *Tiu Cojín*, la Corte recordó que por:

“... su carácter permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, **la desaparición forzada continúa en ejecución**. (...) La necesidad de considerar integralmente el delito de desaparición forzada en forma autónoma y con carácter continuado o permanente, con sus múltiples elementos complejamente interconectados y hechos delictivos conexos, se desprende no sólo del artículo III en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, los *travaux préparatoires* a ésta¹⁰⁷, su preámbulo y normativa, sino también del artículo 17.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992, que incluso agrega un elemento más, ligado al deber de investigación, al señalar que el delito de referencia debe ser considerado “permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”¹⁰⁸.

¹⁰³ Auto de 3 de febrero de 2010, p. 40.

¹⁰⁴ Vid. GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: “Observación General sobre el artículo 17”, E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000, párrafo 30.

¹⁰⁵ Vid. Opinión Disidente de los miembros del Comité Helen Keller y Fabián Salvioli, Comunicación No. 1536/2006; *Cifuentes Elgueta vs. Chile*, párrafo 12.

¹⁰⁶ De entre los muy abundantes ejemplos, y por remitirnos a casos que demuestran que lo indicado no es algo novedoso, puede verse TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Kurt v. Turkey*, App. No. 24276/94 (1998); *Cakici v. Turkey*, (1999); *Ertak v. Turkey*, (2000); *Timurtas v. Turkey*, (2000); *Tas v. Turkey*, (2000); *Cyprus v. Turkey*, (2001); COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS: *Caso de Solorzano v. Venezuela*, Comunicación No. 156/1983, CCPR/C/27/D/156/1983, 26 de marzo de 1986; *caso de E. y A.K. v. Hungría*, Comunicación No. 520/1992, CCPR/C/50/D/520/1992 (1994), 5 de mayo de 1994; *caso de Ivan Somers v. Hungría*, Comunicación No. 566/1993, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 de julio de 1996.

¹⁰⁷ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988, Capítulo V.II. Este delito “es permanente por cuanto se consume no en forma instantánea sino permanente y se prolonga durante todo el tiempo en que la persona permanece desaparecida” (OEA/CP-CAJP, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, de 25 de enero de 1994, página 10). Ver en el mismo sentido CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Goiburú y otros. Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párrafo 83; y *caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 107.

¹⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párrafo 84 (negritas nuestras).

Por su parte, debemos reiterar el *caso Radilla Pacheco*, en el que se sostuvo lo que sigue:

“... cabe distinguir entre actos instantáneos y actos de carácter continuo o permanente. Éstos últimos “se extiende[n] durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. **Dentro de esta categoría de actos se encuentra la desaparición forzada de personas, cuyo carácter continuo o permanente ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido**”¹⁰⁹.

Como ejemplo en instancias judiciales internas, podemos acudir a la posición de la Corte Constitucional de Colombia, que ha establecido claramente que la desaparición forzada:

“... debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta **obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que (l) la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida.** Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, **la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales.** En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia”¹¹⁰. También el Tribunal Constitucional de Bolivia ha considerado que “... la privación ilegal de libertad o detenciones ilegales, **conforme lo entiende de manera uniforme la doctrina y la jurisprudencia comparada, es un delito permanente; debido a que en la ejecución de la acción delictiva, el o los autores, están con el poder de continuar o cesar la acción antijurídica (privación ilegal de libertad) y que mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su acción consumativa.** (...) establecido el carácter permanente del delito de privación ilegal de libertad, (...) y que la víctima no ha recuperado hasta el presente su libertad; consecuentemente, no ha comenzado a correr la prescripción; puesto que **para computar la prescripción de los delitos permanentes se debe empezar a contar desde el día en que cesa la ejecución del delito**”¹¹¹.

A ello puede agregarse lo mantenido por la Corte Suprema de Chile en el caso de *Miguel Ángel Sandoval*; razonamiento especialmente pertinente pues, en este caso y como es sabido, España manifestó, en septiembre de 2009, su consentimiento en obligarse a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las

¹⁰⁹ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafos 22-24 (negrita nuestra). Ver *supra* nota 68.

¹¹⁰ Vid. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-580/02, de 3 de Julio de 2002, expediente L.A.T.-218 (negrita nuestra).

¹¹¹ Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA: Sentencia No. 1190/01-R (caso de desaparición forzada de José Carlos Trujillo Oroza) de 12 de noviembre de 2001, tercer y cuarto CONSIDERANDO (negrita nuestra).

Desapariciones Forzadas:

“29. Que [el crimen de desaparición forzada] es **permanente o continuo por cuanto la acción que lo consumó creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado.** (...) 35. Que, al ser Chile Estado suscriptor de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, está obligado por la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra incorporada al derecho interno de nuestro país, a no frustrar, de acuerdo a su artículo 18, el objeto y fin de dicha Convención, antes de su entrada en vigor; 36. **Que, en consecuencia, si la situación descrita por el mencionado artículo II de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, quedara impune en Chile, se vulneraría el objeto y fin de esta Convención;** (...) 38. Que, si bien es cierto esta Convención sobre Desaparición Forzada de Personas que tipifica este delito como un Delito Internacional, desde el punto de vista meramente formal, no se ha incorporado aún al derecho interno chileno, **no es menos cierto que la desaparición forzada de personas constituye, desde hace tiempo una gravísima ofensa a la dignidad intrínseca de la persona humana, de carácter inderogable, tal como está consagrada en diversos instrumentos internacionales** de carácter obligatorio para Chile (...) y, lo que es más importante constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que ya se encuentra vigente internacionalmente...”¹¹².

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

“... el carácter permanente y continuado del delito de desaparición forzada, de forma tal que debiera aplicarse a las desapariciones forzadas que comenzaron a cometerse incluso antes de la entrada en vigor de la norma respectiva, **con lo que no se incurre en un atentado al principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del presunto responsable. En tal virtud, en estricto rigor jurídico internacional, las desapariciones forzadas que aún no han sido esclarecidas se siguen cometiendo en la actualidad por lo que se trata de un delito continuado y no un asunto del pasado**”¹¹³.

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

“El sentido y propósito general de este artículo es garantizar unas condiciones tales que los responsables de actos que constituyen desapariciones forzadas comparezcan ante la justicia, con una interpretación restrictiva de la prescripción. (...) Su finalidad es **impedir que los autores de actos criminales se aprovechen de la prescripción. Puede interpretarse en el sentido de limitar las ventajas de la prescripción** para los autores de estos actos criminales”¹¹⁴.

¹¹² Vid. CORTE SUPREMA DE CHILE: Sentencia de la Sala Segunda de 17 de noviembre de 2004, rol n° 517-2004, párrafos 29, 35, 36, 38 (negrita nuestra).

¹¹³ Vid. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: “Informe de la Misión a El Salvador”, A/HRC/7/2/Add.2, de 26 de octubre de 2007, párrafo 86 (negrita nuestra).

¹¹⁴ Vid. GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: “Observación General sobre el artículo 17”, E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000, párrafos 27-8 (negrita nuestra).

A este respecto, consolidando todo lo anterior, es importante mencionar aquí también lo explicitado en el voto del juez Boggiano a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) en los casos *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros* así como *Simón, Julio Héctor y otros*; en el que se concluyó que:

“Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (“Regina v. Finta”, Suprema Corte de Canadá, 24/3/1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente, pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial”¹¹⁵.

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

“[c]onstituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”¹¹⁶.

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

“a) privación de libertad contra la voluntad de la personas interesada; b) intervención de agentes estatales, al menos indirectamente por asentimiento, y c) negativa a reconocer la detención y a revelar la suerte o paradero de la persona interesada”¹¹⁷.

Una última mención del Auto en esta materia aconseja también cierta matización. Así

¹¹⁵ Vid. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: Causa A.533.XXXVIII, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita”, causa 259, sentencia del 24 de agosto de 2004, voto juez Boggiano, considerando 39; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: Recurso de hecho Simón, Julio Héctor y otros, privación ilegítima de libertad, sentencia de 14 de junio de 2005, voto del juez Boggiano, considerando 43.

¹¹⁶ Vid. Artículo 1.2.

¹¹⁷ Vid. GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: “Comentario general sobre el artículo 4 de la Declaración”, E/CN/4/1996/38, de 15 de enero de 1996, párrafo 55.

ocurre cuando se alega que “la falta de verosimilitud de la persistencia de la situación ilícita dado el tiempo transcurrido, bien porque el detenido haya sido puesto en libertad bien porque haya de suponerse que ha sido asesinado”¹¹⁸. Lo cierto es que el hecho de que la persona desaparecida pudiera haber muerto sí que resulta “irrelevante” a la hora de calificar el hecho punible como un delito de desaparición forzada; y en todo caso, se podría entonces tratar de un homicidio “en el contexto” de un crimen de lesa humanidad, extremo que además debería establecerse en el oportuno proceso penal¹¹⁹. Tal y como ya hemos ido exponiendo, la privación de libertad seguida de la ausencia de información por parte de las autoridades es el acto que determina el inicio de la violación mientras que el cese ocurre únicamente cuando se conoce el paradero de la persona y se esclarecen los hechos¹²⁰ de forma fehaciente, y no hipotéticamente como pretende sostener el Magistrado-Instructor.

Por otro lado, la referencia a la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *el Nani*, no parece ser la mención más adecuada en lo que aquí ocupa, por no resultar aplicable en el caso de desapariciones forzadas; pues exigir que sean las víctimas (en este caso los familiares de los desaparecidos) las que deban probar la “no puesta en libertad del detenido” supondría una “*probatio diabolica*”¹²¹. Ya que, precisamente, éstas han pedido auxilio a las autoridades del Estado para averiguar el paradero o destino de los desaparecidos; localizar, exhumar, recuperar e identificar los restos de sus desaparecidos, así como conocer la verdad de lo acontecido.

La desaparición forzada de personas, como hemos apuntado con anterioridad, puede constituir un crimen de lesa humanidad cuando es cometido en el marco o como parte de un ataque generalizado y/o sistemático contra la población civil. Así, el desarrollo del Derecho internacional ha llevado a considerar la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad¹²². A este respecto, baste recordar la Resolución nº 828 relativa a la desaparición forzada de personas, adoptada el 26 de septiembre de 1984 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa –organización a la que España se adhirió el 24 de noviembre de 1977–, que establece que el reconocimiento de las desapariciones forzadas

¹¹⁸ Vid. Auto de 3 de febrero de 2010, página 37. El Magistrado-Varela acoge, en este sentido, la tesis del Fiscal en su escrito de 21 de octubre de 2008 (“que la persona esté viva y privada de libertad durante todo este tiempo, lo que no es posible en este caso por ser pública y notoria su muerte”) considerandos 3 y 6.

¹¹⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL: “España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo”, noviembre de 2008.

¹²⁰ A este respecto, PARAYRE, S.: “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, volumen 29, 1999, pp. 25-67.

¹²¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL: “España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo”, noviembre de 2008.

¹²² Ver, por ejemplo, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Informe de la Comisión de Derecho Internacional”, A/51/10 Suplemento Nº. 10, pp. 100 y siguientes.

como crímenes contra la humanidad constituye una condición esencial para prevenir la comisión de tales crímenes y castigar a las personas que son responsables. Como crimen contra la humanidad a) no puede ser considerado un delito político y por tanto está sujeto a extradición; b) no está sujeto a limitaciones; c) no puede estar cubierto por leyes de amnistías; y d) las personas responsables de actos de desaparición forzada pueden ser perseguidas no sólo en el país en el cual cometieron el delito, sino en cualquier país en el cual hayan sido arrestados¹²³.

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

“Si bien existe un amplio consenso internacional sobre esta calificación de la desaparición forzada como crimen internacional, ello no es óbice para que existan en los ámbitos regionales o nacionales calificaciones y definiciones de la desaparición forzada como crimen internacional que provean un umbral de protección mayor a los individuos víctimas de este crimen”¹²⁴.

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

V. CONCLUSIONES FINALES

De conformidad con lo analizado en este trabajo y a los efectos indicados al comienzo del mismo, cabe resumir ahora las siguientes conclusiones:

Con carácter general, y en atención al articulado de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, no puede admitirse la conclusión del Magistrado-Instructor cuando afirma que abrir una investigación judicial puede tener la “finalidad de eludir la decisión del legislador”. Más bien al contrario, la “decisión del legislador” responde y es conforme a la amplia jurisprudencia internacional que determina que en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, la naturaleza del recurso efectivo debe ser esencialmente judicial.

¹²³ CONSEJO DE EUROPA: “Parliamentary Assembly: Resolution 828 (1984) *on enforced disappearances*”, adoptada el 26 de septiembre de 1984.

¹²⁴ Ver *supra* nota 76.

En relación a la Ley de Amnistía de 1977, los tres argumentos del Magistrado-Instructor son abiertamente discutibles, cuando no, claramente insostenibles desde la perspectiva del Derecho internacional:

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

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

Finalmente, si bien en el Auto de 3 de febrero no se niega que los artículos 2 e) y f) de la Ley de Amnistía de 1977 puedan ser o son difícilmente compatibles con el artículo 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –vinculante para España antes de la aprobación de la citada ley–, se defiende la imposibilidad de aplicar tal Pacto. Al hacer esto, el Auto equipara automáticamente la falta de competencia del Comité de Derechos Humanos para conocer y sustanciar una queja o reclamación individual con la cuestión de la compatibilidad de una ley que favorece la impunidad (la amnistía) con el Derecho internacional. Rotunda conclusión que resulta, como pretendida regla general, cuanto menos discutible, y que ni tan siquiera se corresponde con la unánime posición del Comité de Derechos Humanos, ni se compadece con la postura de tribunales internacionales y otros órganos de control del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Pero en cualquier caso, que en modo alguno puede esgrimirse como prueba inequívoca de que aquél que no la comparte esté prevaricando.

En cuanto a la cuestión de los crímenes contra la humanidad y la desaparición forzada de personas, los argumentos y conclusiones del Auto, aunque parecen evitar la aplicación de estas figuras, tal y como se califican en el Derecho internacional, no se acompañan de razonamientos jurídicos objetivos y de suficiente peso que permitan sostenerlos y discutirlos racionalmente y, menos aun, justificar que un órgano jurisdiccional que sí lo hiciera estuviera prevaricando. En este punto, el Magistrado-Instructor pretende circunscribirse a lo mantenido por el Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*, pero aun dentro de esos límites, no sólo omite algunas de las conclusiones adoptadas entonces por ese Tribunal, sino que en aquellos aspectos —como la prescripción— que no fueron resueltos por el Alto Tribunal, considera fuera de toda “interpretación razonable” la realizada en su día por el Magistrado querellado en su(s) Auto(s).

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

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