

La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas

Supreme Court Position Regarding the Implementation of International Law Crimes of the Past in Spain: a Legal Analysis after Reports of the un Working Group on Enforced Disappearance, the Committee on Enforced Disappearances and the un Special Rapporteur on Transitional Justice

A posição do tribunal supremo respeito à aplicação do direito internacional aos crimes do passado na Espanha: uma análise jurídica depois dos informes do grupo de trabalho sobre desaparecimentos forçados, o comitê contra aa desapareição forçada e o relator especial sobre justiça transicional das nações unidas

Javier Chinchón Álvarez*, Lydia Vicente Márquez** y Alicia Moreno Pérez***

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2014.

Fecha de aprobación: 25 de junio de 2014.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.03](https://doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.03)

* Director de Investigación de Rights International Spain y profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid

** Directora Ejecutiva de Rights International Spain y abogada y consultora internacional de derechos humanos.

*** Directora de Litigio de Rights International Spain y abogada especializada en derecho penal y procesal penal español.

Para citar este artículo: CHINCHÓN, J., VICENTE, L. y MORENO, A.,
“La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del
derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un
análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas”,
Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP,
vol. 2, 2014, pp. 66-101. doi: dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.03

Resumen

Junto a la indiscutible importancia del caso, la sentencia del Tribunal Supremo español en el proceso seguido contra el juez Baltasar Garzón, acusado de prevaricación al haberse declarado competente para investigar las denuncias presentadas por crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, ha tenido una trascendencia determinante: desde entonces y hasta la fecha, la doctrina sentada por el Alto Tribunal ha sido seguida prácticamente de manera literal por los restantes tribunales españoles frente a cualquier denuncia relativa a los crímenes cometidos antes del último proceso de transición a la democracia en España. Este estado de cosas ha sido reiteradamente censurado por diversos mecanismos de las Naciones Unidas, en lo más reciente y de manera expresa por los tres órganos que han visitado o examinado a España: el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, el Comité contra la Desaparición Forzada, y el Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición de las Naciones Unidas. Incorporando entonces sus valoraciones al respecto, en esta contribución se expondrán y analizarán las trascendentes posiciones de fondo defendidas por el Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación del Derecho internacional a los crímenes del pasado en España; y especialmente, respecto a su configuración como crímenes contra la humanidad, la valoración jurídica acerca de la desaparición forzada, y la vigencia y aplicación de la Ley de Amnistía de 1977.

Palabras clave: Crímenes del pasado, crímenes contra la humanidad, desapariciones forzadas, amnistías, obligación de investigar, Guerra Civil, Franquismo, Memoria Histórica.

Abstract

Along with the undeniable importance of the case, the judgment of the Spanish Supreme Court in the trial against Judge Baltasar Garzón accused of prevarication, having declared itself competent to investigate complaints for crimes committed during the Civil War and the Franco's regime, it has had a determining significance:

from then to now, the doctrine of the High Court has been almost literally followed by the remaining Spanish courts against any complaint concerning to crimes committed before the last transition to democracy in Spain. This state of affairs has been repeatedly criticized by various bodies of the United Nations, expressly by the three that have visited Spain more recently: The UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, the Committee on Enforced Disappearances and the UN Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Repetition. In this contribution will be presented and analysed transcendent positions defended by the Supreme Court regarding the application of international law to the past crimes in Spain and especially its configuration as crimes against humanity, the legal assessment about the enforced disappearance, and the validity and application of the 1977 Amnesty Law.

Keywords: Past crimes, crimes against humanity, enforced disappearance, amnesties, obligation to investigate, civil war, Francoism, historical memory.

Resumo

Junto à indiscutível importância do caso, a sentença do Tribunal Supremo espanhol no processo seguido contra o juiz Baltasar Garzón, acusado de prevaricação ao ter-se declarado competente para investigar as denúncias apresentadas por crimes cometidos durante a Guerra civil e o Franquismo, tem tido uma transcendência determinante: desde então e até esta data, a doutrina sentada pelo Alto Tribunal tem sido seguida praticamente de forma literal pelos restantes tribunais espanhóis frente a qualquer denúncia relativa aos crimes cometidos antes do último processo de transição à democracia na Espanha. Este estado tem sido reiteradamente censurado por diversos mecanismos das Nações Unidas, no mais recente e de forma expressa pelos três órgãos que têm visitado ou examinado à Espanha: o Grupo de Trabalho sobre Desaparições Forçadas e Involuntárias, o Comitê contra a Desaparição Forçada e Relator Especial para a promoção da verdade, a justiça, a reparação e as garantias de não repetição das Nações Unidas. Incorporando então suas avaliações ao respeito, nesta contribuição se exporão e analisarão as transcendentais posições de fundo defendidas pelo Tribunal Supremo em quanto à aplicação do Direito Internacional aos crimes do passado na Espanha; e especialmente, respeito a sua configuração como crimes contra a humanidade, a valoração jurídica acerca da desapareção forçada, e a vigência e aplicação da Lei de Anistia de 1977.

Palavras-chave: Crimes do passado, crimes contra a humanidade, desapareções forçadas, anistias, obrigação de investigar, Guerra Civil, Franquismo, Memória Histórica.

I. Introducción

El 27 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo español (TS) dictó sentencia en la Causa Especial 20048/2009,¹ es decir, en el proceso seguido contra el juez Baltasar Garzón por delito de prevaricación al declararse competente para investigar las denuncias presentadas en 2006 por familiares y/o asociaciones de familiares de víctimas de crímenes cometidos durante la Guerra Civil española y la dictadura franquista. Transcurrido poco más de un mes, el día 3 de abril, se hizo público el Auto de 28 de marzo del mismo TS resolviendo la cuestión de competencia planteada por los Juzgados de Instrucción nº 3 de Granada y nº 2 de San Lorenzo del Escorial.² En este Auto y en lo que aquí interesa, se repitieron punto por punto los argumentos fundamentales de la sentencia de 27 de febrero, incorporando sólo algún matiz más aparente que real.³ Desde aquellas decisiones y hasta el momento presente, la pauta ha sido la reiteración por parte de los demás tribunales españoles de lo entonces mantenido por el TS. Generalmente, acudiendo a la cita literal del texto de la sentencia del TS; esto es, por ofrecer un ejemplo ilustrativo, valga el de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que ante una apelación en la que se defendía: “la aplicabilidad de la normativa internacional sobre crímenes de lesa humanidad; la no existencia de prescripción; no hallarnos ante delitos comunes; [que] la ley de amnistía no cubre los delitos de desaparición forzada; [y que] el procedimiento penal es adecuado para los fines perseguidos”,⁴ resolvería desestimando todo ello con este argumentario:

“Por lo que respecta a las cuestiones planteadas, la Sala, necesariamente, ha de reproducir parte de la STS de 27 de Febrero de 2012 (nº 101/2012), donde el Tribunal Supremo da cumplida respuesta a todas ellas”.⁵

Así las cosas, la siguiente afirmación de las Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición de las Naciones Unidas (comúnmente conocido como Relator Especial sobre Justicia Transicional) tras la visita que realizó a España a inicios de

- 1 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012.
- 2 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Auto del 28 de marzo de 2012, número de recurso, 20380/2009.
- 3 Al respecto, puede verse RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN, “Posición del Tribunal Supremo sobre la cuestión de competencia, consecuencias prácticas”, *Series de Análisis Jurídicos-GCyF*, número 1 de mayo de 2012 (disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/197cfa5e1db424b-f61fde905c9e69ed17fc4d3a9.pdf>).
- 4 AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE PALMA DE MALLORCA, Auto de 18 de junio de 2012, Diligencias Previa 705/09, Razonamiento Jurídico Primero.
- 5 *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Tercero.

2014, es una síntesis perfecta de lo que ha acontecido desde aquel comienzo de 2012 y hasta ahora:

“La decisión del Tribunal Supremo del 27 de febrero del 2012 absolviendo al titular del Juzgado de Instrucción Penal nº 5 por haber iniciado investigación de las desapariciones forzadas ocurridas durante la guerra civil y la dictadura, junto con su decisión de competencia en favor de los juzgados territoriales, según información recibida sólo han solidificado la tendencia de los jueces a archivar los procesos que les son presentados”⁶

En consecuencia, como idea clave es importante subrayar que no obstante el fallo absolutorio de aquella sentencia de 27 de febrero, la postura de fondo del TS respecto de todas las cuestiones resueltas por el juez Garzón sobre los crímenes del pasado en España fue, en esencia, de oposición absoluta. Dicho en otros términos, los propios del TS, que aunque el juez Garzón en sus actuaciones no llegó a prevaricar, sí “erró” en todas y cada una de las posiciones que defendió. Posición esta que tras ser (casi) mecánicamente asumida por y en todas las demás instancias judiciales del país ha llevado a confirmar un escenario que las recientes palabras del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas (GTDFI) tras su visita a España en septiembre de 2013, puede resumirse en que:

“... la combinación de un marco legislativo deficiente, una judicatura que no ha interpretado la ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, fiscales que no han impulsado las investigaciones y la presencia de una Ley de amnistía, han creado un patrón de impunidad para los casos de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura”⁷

Por ir concretando lo avanzado, lo que en esencia vino a sostener el TS en su decisión fue, siguiendo el literal de la sentencia de 27 de febrero, lo siguiente:

6 RELATOR ESPECIAL PARA LA PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España”, 3 de febrero de 2014. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=S>.

7 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

En primer lugar, que “la búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria”, pero que “no forma parte del proceso penal” ni “corresponde al juez de instrucción [penal]”.⁸ En suma, que conocer la verdad de lo ocurrido y la suerte de los desaparecidos no es algo propio al proceso penal y/o a sus fines en España; de tal suerte que los tribunales españoles nada pueden hacer o aportar en este punto. Al respecto, el TS añadió que tal labor corresponde al Estado a través de otros organismos,⁹ aunque parece, o quiere, olvidar que como es sabido, las víctimas de todos estos crímenes acudieron a la Justicia también —o precisamente— porque ningún “organismo” del Estado había atendido sus demandas durante décadas. Dicho de otro modo, y por acudir ahora al propio contenido del Auto del 28 de marzo —sobre la cuestión de competencia—, porque la situación en España no ha sido ni es otra que aquella que el TS, al tiempo de afirmar que era intolerable, estaba ahora manteniendo y ratificando plenamente con sus posiciones de fondo; a saber, que:

“... si hay algo inobjetable desde cualquier punto de vista (...), es que los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas no pueden permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento. Y tampoco cabe imponer a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles”.¹⁰

Aclarado que esto que se calificaba como “moral y jurídicamente insostenible” no es más que la desnuda realidad de lo que ha ocurrido durante lustros en España —y ante lo cual, la postura del TS no hizo sino ratificar este estado de cosas, el TS a continuación afirmaría en su sentencia que los hechos denunciados en su día ante la Audiencia Nacional no podían ser considerados “crímenes contra la humanidad” en los años que se cometieron; y que tampoco se podía acudir al “elemento de contexto” en este caso, en la línea en que sí fue posible en la sentencia del mismo TS en la causa contra Adolfo Scilingo¹¹— tal y como defendió el juez Garzón. Al tiempo, se negó también la posibilidad de que los hechos denunciados —delitos de desaparición forzada según los denunciados ante la Audiencia Nacional— tuvieran carácter permanente.

8 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia N° 101/2012, de 27 de febrero 2012, Fundamento de Derecho Primero.

9 *Ídem*.

10 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Auto de 28 de marzo de 2012, número de recurso, 20380/2009, pp. 7-8.

11 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia N° 798/2007, de 1 de octubre de 2007.

A partir de todo ello, dos serán las consecuencias definitivas: de un lado, que todos los crímenes denunciados estaban prescritos; y del otro, que en todo caso la Ley de Amnistía española de 1977¹² era plenamente aplicable a todos ellos.

La serie de conclusiones que acabamos de resumir descansan, a nuestro entender, en una posición de fondo del TS que puede caracterizarse como de singularmente refractaria a toda interpretación y aplicación normativa acorde con el derecho internacional, en general, y en particular con el derecho internacional de los derechos humanos, realidad que en nuestra opinión es especialmente patente en gran parte de los argumentos esgrimidos como supuesto fundamento de estas conclusiones.

En las próximas páginas analizaremos detenidamente lo que acabamos de apuntar; acompañando la exposición de diversas referencias jurídico-internacionales, de orden general pero también expresamente referidas a España. Al efecto, dividiremos nuestro examen en tres temas clave: los argumentos en torno a la figura de los crímenes contra la humanidad; la consideración que se realiza de la desaparición forzada de personas; y la posición adoptada respecto a la Ley de Amnistía española.

II. Los argumentos en torno a la figura de los crímenes contra la humanidad: el “elemento de contexto”

El punto de partida de la argumentación de la sentencia del TS es que en las decisiones del juez Garzón, “existe un error en la tipificación de los hechos que, como consecuencia del mismo, arrastra otros”.¹³ En este sentido, el TS afirmaría que su razonar era plenamente acorde con la interpretación del principio de legalidad penal (concepto, calificación y “contextualización” de los hechos como crímenes contra la humanidad) que ya defendió en la antes citada sentencia del 1 de octubre de 2007 en el conocido como caso Scilingo. Pero lo cierto es que en nuestra opinión, esto no es así, ya que en la sentencia que estamos analizando el TS incorporaría notables novedades. De hecho, su posición supuso un nuevo paso respecto de lo que entonces sostuvo para afirmar la jurisdicción de España sobre los crímenes cometidos durante la dictadura argentina, en virtud del principio de jurisdicción universal.

La tesis fundamental del TS en este punto partiría de que para perseguir penalmente los distintos crímenes de derecho internacional en España (y en concreto, los crímenes contra la humanidad) era y es necesaria una previa “transposición” operada según el derecho interno. Al menos, añadió, en aquellos sistemas que como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales.¹⁴

¹² B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977.

¹³ TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 11.

¹⁴ *Ibid.*, p. 12.

No nos detendremos aquí y ahora en el debate en torno al principio de legalidad penal, bastando apuntar que esta interpretación supone descartar de plano las posibilidades que reconocen normas como el Art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICDP), o el Art. 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH); también rechazar la viabilidad en España de lo resuelto por múltiples tribunales (nacionales e internacionales) que han apostado por una tesis diferente a la del TS. Sin embargo, en aquella sentencia de 2007 en el caso Scilingo, el propio TS indicaba algo más, que podemos condensar en este párrafo:

“No es posible aceptar que el acusado (...) no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos descritos (...), de extraordinaria gravedad en atención a los bienes jurídicos que seriamente lesionan, y también en consideración a la forma en que lo hacen, eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina (...) como en España, o como en cualquier país civilizado. (...) En el caso, tales circunstancias, aunque no puedan ser valoradas como elementos del tipo a los efectos de aplicación del artículo 607 bis, permiten considerar los hechos (...) como crímenes contra la Humanidad. Las previsiones del Derecho Internacional Penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales. Nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal”.¹⁵

En virtud de este razonamiento, en aquella oportunidad se sostuvo que los crímenes que perpetró Adolfo Scilingo fueron delitos ordinarios cometidos en el “contexto de crímenes contra la humanidad”; considerados, “como crímenes contra la

15 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fundamentos de Derecho 6 y 8.

humanidad conforme al derecho internacional penal”. Y a partir de aquí, en aquella sentencia se aplicaron a esos hechos una serie de consecuencias o “efectos” propios de los crímenes contra la humanidad, en lo relativo a su perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena en función de su gravedad.

Esta cuestión del “elemento de contexto” era desde luego importante, pues el juez Garzón había acudido profusamente en sus resoluciones tanto a este concepto como a lo sostenido en 2007 por el TS. Sin embargo, en esta oportunidad el TS señalaría algo, si se quiere, novedoso al respecto. Así, en la sentencia se comenzaría reiterando, de hecho como hizo el mismo juez Garzón, que el tipo penal de los crímenes contra la humanidad no podía aplicarse a su entender a los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo, en tanto que en el momento en que se cometieron no estaba recogido en el Código Penal español. Pero a partir de aquí, el TS vino a dar una nueva vuelta de tuerca, al afirmar que tampoco podría acudirse siquiera al concepto mismo de crímenes contra la humanidad ni por ende, al “elemento de contexto de crímenes contra la humanidad”. Y aquí la clave fue que el TS, en relación con el caso que nos ocupa, mantuvo que no se satisfaría la exigencia de previsibilidad y accesibilidad; que no existía, en fin, conocimiento alguno del concepto mismo de “crímenes contra la humanidad” durante todo el período que abarcaba la investigación del juez Garzón. Es decir, que en España hasta por lo menos el año 1952, el mero concepto de “crímenes contra la humanidad” era algo absolutamente extraño, desconocido e imprevisible (penalmente).

El TS no ofreció en su sentencia explicación clara acerca de cuál sería el hecho o circunstancia, o la fecha a partir de la que a su entender pudiera afirmarse que en España se habría tenido noticia de la existencia (conceptual como mínimo) de los crímenes contra la humanidad. Tan sólo indicó que sostener cualquier fecha anterior a 1952 era “erróneo”. Inevitablemente, la pregunta es: ¿por qué?

Este interrogante adquiere una importancia y transcendencia capitales si recordamos que el mismo TS sostuvo en la sentencia del caso Scilingo, por ejemplo lo que sigue:

“[...] la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos. En este sentido, deben ser tenidos en cuenta especialmente [...] el Acuerdo de Londres y el Estatuto de Nuremberg, que ya consideraron crímenes contra la Humanidad el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o la

persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal; la Convención para la prevención y represión del genocidio[...].¹⁶

Lo cierto es que en este punto el TS lo que expuso es una suerte de respuesta elíptica para justificar su posición. El párrafo clave pudiera ser el siguiente:

“Entre estas resoluciones destacamos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006, caso Kolk y Kislyly (sic) contra Estonia [...]. De acuerdo a esta doctrina, que vuelve a evidenciar la fuerza expansiva de los derechos humanos, es posible una investigación y, en su caso, una condena por delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad, pero para ello es preciso que el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocida por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder. En el caso, dos responsables del Ministerio del Interior ruso, ocupante de la República báltica de Estonia, en el año 1949 procedieron a la deportación de una familia y en 1994 fueron condenados por los tribunales de la República Estonia, una vez recuperada la independencia, por delitos contra la humanidad considerando su imprescriptibilidad de acuerdo al Derecho penal internacional. El Tribunal afirma el conocimiento de la tipicidad por Rusia por su participación en la redacción de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que, definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946. En definitiva, esta Sentencia destaca la validez universal de los derechos humanos y su aplicación incluso cuando no aparece su punición en el ordenamiento interno del país, aunque requiere el conocimiento de su vigencia al tiempo de los hechos.”¹⁷

Así, el TS nada dijo sobre el concepto o caracteres (históricos) de los crímenes contra la humanidad, nada acerca de si la figura, como tal, sería o no de aplicación a una experiencia como la española. Lo único que indicó es que según interpretaba la sentencia que citó del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los procesos en cuestión fue adecuado invocar, al menos, el concepto de crímenes contra la humanidad en tanto que Rusia (la URSS en realidad) participó en la redacción de los principios de Nuremberg, así como por su pertenencia a las Naciones Unidas

16 *Ibid.*, Fundamento de Derecho 6.

17 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, pp. 28-29.

que “definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946”. Lo que no nos dijo, pero estaba afirmando, es que como España ni participó en la redacción de esos “principios de Nuremberg”, ni formaba parte de las Naciones Unidas aquel año, lo que contenían esos documentos está fuera de toda lógica que fuera aplicable a España, ya que le era absolutamente “desconocido” (para el propio Estado y para los perpetradores). “Desconocido”, siguiendo la lógica del TS, hasta al menos después de 1952, y a partir de ese indefinido momento, no se decía tampoco hasta cuándo.

A lo anterior conviene agregar, pues tendrá también su importancia como veremos, que probablemente para reforzar la tesis que pretendía sustentar, el TS señaló también que en esta sentencia el TEDH argumentaba “partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron”.¹⁸

Pues bien, expuesto todo ello, esta posición aconseja al menos dos comentarios para poder valorarla completamente. En primer lugar, no es baladí aclarar qué es lo que realmente dijo el TEDH en aquella sentencia. Para ello, nada mejor que citar el párrafo 6 de sus Fundamentos de Derecho:

“El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c)). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial”.¹⁹

Es decir, el TEDH consideró que los Principios de Nuremberg son de “validez universal”, y por ello sus efectos no pueden circunscribirse únicamente a “ciertos

18 *Ibid.*, p. 15.

19 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso Kolk y Kislyiy c. Estonia, Application Nº 23052/04 y 24018/04, decisión de inadmisibilidad de 17 de enero de 2006, Fundamentos de Derecho, párr. 6. Traducción libre.

países”. Esta y no otra es la premisa de la que partió el TEDH, ya que pese a lo que afirmarían el TS, no es sino tres párrafos después cuando el TEDH mencionaba la pertenencia de la desaparecida URSS a la Asamblea General de las Naciones Unidas; de hecho, cuando estaba argumentando en torno a una cuestión distinta, como es que lo anterior sería así aplicable incluso si los actos cometidos por los demandantes pudieran haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces.²⁰ De esta manera, para el TS el contenido de la Resolución (I) del 11 de diciembre de 1946, así como la codificación posterior de la Comisión de Derecho Internacional bajo el rótulo de “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”, cuya validez universal destaca el TEDH, serían textos cuyo contenido no es que sea o no sea aplicable a la experiencia española, como podría resultar legítimo discutir, sino que sencillamente su contenido era y es absolutamente irrelevante y desconocido si de España hablamos. Salta a la vista pues que siguiendo la lógica que expone el TS, el TEDH debió entonces “equivocarse” —tuvo que “errar”— al afirmar la validez universal de los principios señalados.

Aclarados los términos exactos en que se manifestó el TEDH en la sentencia expresamente invocada por el TS como argumento fundamental de lo que mantuvo, conviene detenerse ahora un instante en la posición de fondo que pretendía sostener el TS. En esencia, sería algo como que para que la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas citada, así como el documento referido de la Comisión de Derecho Internacional, tuvieran algún valor o incidencia en relación con España hubiera sido necesario que España fuese parte de las Naciones Unidas o hubiera participado en su redacción. La pregunta es de nuevo, ¿por qué? El TS con seguridad conoce que ninguno de esos documentos se trata de una especie de tratado internacional en el que se requeriría que en este caso España, hubiera manifestado su consentimiento en obligarse. Ambos documentos son textos de naturaleza codificadora, en sentido estricto o como medio de cristalización; esto es, su finalidad no es otra que recoger (por escrito) una costumbre internacional jurídicamente vinculante. En suma, estas normas consuetudinarias en caso alguno obligarían solamente a los Estados que hubieran participado en su formación; posición sólo sostenible si se tratase de una costumbre internacional local, lo que es obvio de ningún modo es el caso.

De hecho, la lógica que parecía querer sostener el TS en este punto llevaría a conclusiones ciertamente llamativas. Adelantemos una: toda vez que España no

20 *Ibid.* Fundamentos de Derecho, párr. 9. Traducción libre.

ingresó en las Naciones Unidas hasta el 15 de diciembre de 1955 cabría mantener que tampoco hasta esa fecha tuvo el menor significado, incidencia, vinculación o relevancia jurídica otras resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Yendo un paso más allá, España jamás participó en su redacción, obviamente, de lo que entonces cabría colegir que, quizá, ya no sólo es que hasta finales de 1955 esta Declaración fuera, de hecho y de Derecho, inexistente para España, sino que lo seguiría siendo hasta, ¿cuándo? ¿Para siempre? Si tomáramos por buena la argumentación del TS, habría que concluir que España no tenía obligación alguna en materia de derechos humanos, ni los infringió jamás en consecuencia, hasta, como muy pronto y en el mejor de los casos, prácticamente el comienzo de 1956. Lo que parece una afirmación más que aventurada.

III. La valoración jurídica acerca de la desaparición forzada de personas

El TS se refería desde el inicio de su sentencia a “la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento”,²¹ y aunque reconoció la demanda de las víctimas de tutela (judicial) como legítima, en lo que interesa mantuvo que:

“[...] desde las denuncias, y quizás también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció... Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal”²²

Conviene apuntar que en realidad, el TS pareciera estar haciendo abstracción aquí del literal de las denuncias y sobre todo de las declaraciones de los testigos durante el juicio, quienes claramente mantuvieron que lo que buscaban las víctimas acudiendo a la vía penal era que se indagaran unos hechos delictivos nunca antes investigados penalmente en España, establecer las responsabilidades penales, y obtener repara-

21 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 8.

22 *Ibid.*, p. 9.

ción.²³ Así formulada, esta petición de las víctimas era y es perfectamente acorde con el contenido que para el derecho internacional de los derechos humanos presenta la obligación del Estado de investigar graves violaciones de los derechos humanos. De hecho, recordemos que la obligación general de los Estados de investigar tiene como objetivos tanto revelar la verdad y las circunstancias en las que se cometieron los hechos, como identificar, procesar y sancionar en su caso a los responsables, así como reparar a las víctimas. Todos ellos concurren en el derecho a la justicia, a la tutela judicial, a interponer un recurso efectivo, por lo que el cauce natural para hacer realidad esta obligación no es otro que el de los órganos de justicia, como órganos del Estado que son.

Ciertamente, el TS en su sentencia habló “del derecho a saber” de las víctimas, pero no mencionaba que tanto mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos como tribunales internacionales de derechos humanos han concluido que este “derecho a saber” está íntimamente vinculado con otros derechos, como el derecho de acceso a justicia y el derecho a un recurso efectivo, que se traducirían en la Constitución española como derecho a “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales” (Art. 24). Y es que para poder sancionar, depurar responsabilidades penales, es necesario llevar a cabo previamente, como dijo efectivamente el TS, la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos.²⁴ Es decir, la instrucción penal necesariamente es el marco en el que, en un contexto como el que nos ocupa, se tendrían que tomar las medidas oportunas para asegurar las pruebas, practicar análisis forenses de los restos para determinar si el fallecimiento pudo ser por muerte violenta, estudio de la fecha de la muerte, etc.; esto es, analizar todo vestigio que permita esclarecer el hecho, su naturaleza y circunstancias, y aquellas otras tendentes a averiguar sus responsables, tanto materiales como intelectuales, y castigarlos en su caso.

En este sentido, y como marco fundamental, conviene recordar el Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, aprobado por el GTDFI en 2010; cuyo sustento jurídico, como es bien sabido, es el contenido de la codificadora —y por tanto obligatoria— Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992.²⁵ En su Preámbulo se afirma que:

23 Para más datos, puede verse RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN, “El juicio contra el Juez Garzón, La única oportunidad que hasta la fecha han tenido las víctimas de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo para declarar ante un tribunal español”, 12 de febrero de 2012, disponible en http://ris.hrahead.org/casos_/casos-de-ris/caso-garzon-1.

24 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 9.

25 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, Documento de las Naciones Unidas, A/RES/47/133.

“[l]a existencia del derecho a la verdad en el derecho internacional está aceptada por la práctica de los Estados que incluye tanto la jurisprudencia como el establecimiento de diversos mecanismos que buscan la verdad [...]. Esos mecanismos incluyen la instrucción de causas penales”, y que “la reconciliación entre el Estado y las víctimas de desapariciones forzadas no puede tener lugar sin el esclarecimiento de todos los casos individuales”.²⁶

El derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas se refiere, en concreto, al derecho a conocer los progresos y resultados de una investigación, la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y las circunstancias de la desaparición, así como la identidad del autor o los autores de la desaparición.²⁷ Por ello:

“[las] principales obligaciones del Estado en relación con el derecho a la verdad son, sobre todo, de procedimiento e incluyen: la obligación de investigar hasta que se esclarezca la suerte y el paradero de la persona; la obligación de comunicar los resultados de las investigaciones a las partes interesadas [...]; la obligación de facilitar el pleno acceso a los archivos; y la obligación de proporcionar una protección plena a los testigos, los familiares, los jueces y otras personas que participen en cualquier investigación”.²⁸

Así, lo que afirma y destaca el GTDFI resulta una aproximación a la cuestión debatida muy diferente a la que escogió por el TS. Y en este punto, es importante destacar que el GTDFI expresamente tiene reconocidos varios casos de desaparición forzada de personas que tuvieron lugar (comenzaron) en España a mediados de la década de 1940.²⁹ Por más decir, en su ya referida reciente visita a España, el mismo GTDFI señaló singularmente que hoy día sigue habiendo miles de “familias de los desaparecidos en España [que] quieren conocer la verdad sobre la suerte o el paradero de sus seres queridos”.³⁰

26 GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, “Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas (A/HRC/16/48.), p. 28.

27 *Ibid.*, p. 30.

28 *Ibid.*, pp. 31-32.

29 Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2004/58, 21 de enero de 2004, párr. 259-267; así como Documento de las Naciones Unidas, A/HRC/4/41, 25 de enero de 2007, párr. 380. Más próximo en el tiempo, Documento de las Naciones Unidas, A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, pp. 94, 97.

30 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

Ahora bien, sentando lo anterior y dando un paso más en los argumentos que esgrimió el TS, respecto del “delito de detención ilegal sin dar razón del paradero” (siempre pareciendo huir del concepto de “desaparición forzada”), el Alto Tribunal afirmó que el mismo no estaba vigente –no existía– hasta el Código Penal de 1944.³¹ Al respecto, de entre las muchas referencias posibles, valga acudir a un documento singularmente explicativo: las “Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas” elaboradas por el GTDFI en 2010, con el objeto de contribuir al mejor cumplimiento de la obligación contenida en la ya citada Declaración de 1992 de tipificar internamente el delito de desaparición forzada. En lo que ocupa, constató entonces el GTDFI que la detención ilegal puede formar parte de un tipo de desaparición forzada, pero que no es “suficiente para abarcar todos los elementos constitutivos de esa figura delictiva” conforme al derecho internacional; resultando además que “la ausencia de una figura penal separada no exime a los Estados de investigar y castigar los actos de desaparición forzada”.³² En este mismo orden de ideas, cabe recordar que aún a la fecha en el Código Penal español no existe la figura de la desaparición forzada, como tal, ni se pretende incluir en la reforma hoy en curso.³³

Sobre la “permanencia” del delito, el TS afirmó que “no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica”, y añadió que “[n]o es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años”.³⁴ Vayamos aquí por parte aportando algunas referencias pertinentes del sistema universal y europeo de protección de derechos humanos:

En primer lugar, podemos volver al informe ya citado del GTDFI de 2010 para mejor comprender y comparar las posiciones discutidas. Para el GTDFI, “[c]onforme a la definición de desapariciones forzadas que figura en la Declaración, el delito en cuestión comienza con el arresto, detención o traslado contra su voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede iniciarse con una

31 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, pp. 15 - 16.

32 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas”, Doc. A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, p. 4.

33 Al respecto, RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN, “Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Penal (II), Los crímenes de derecho internacional olvidados, una vez más”, en Serie de Análisis Jurídicos-SyDH, abril de 2013. Disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/0b5d0d0f-5b3ad5e67738871c99898874b71754a3.pdf>

34 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 16.

detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal”.³⁵ Pero la desaparición forzada constituye desde luego algo más que una simple detención ilegal, y la aplicación por vía de la analogía interna –como sucedería en España– de la detención ilegal es “imperfecta” e insuficiente; si bien, al menos permite o facilita su aplicación a los actos de desaparición forzada. Debiendo recordar también que para el derecho internacional, otro elemento constitutivo del delito es la negativa a reconocer la privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida; y que el artículo 166 del Código Penal español contempla el elemento “no dar razón de paradero” como circunstancia agravatoria de la pena.

Con todo, la clave ha de situarse en que según el mismo GTDFI le subrayó expresamente a España:

“[...] la desaparición forzada es un delito continuado y una vulneración permanente de los derechos humanos mientras no se hayan esclarecido la suerte y el paradero de las víctimas (artículo 17 de la Declaración). Una desaparición forzada es un acto único y consolidado y no una combinación de actos aislados e inconexos. Aun cuando varios aspectos de la desaparición forzada puedan haberse completado años o décadas atrás, si otras partes de la desaparición persisten, especialmente si no se determina la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso por parte de los tribunales penales y no deberá fragmentarse el acto de la desaparición forzada”.³⁶

Si del ámbito universal pasamos un momento al sistema europeo de protección de derechos humanos, el TS tampoco pareció compartir la jurisprudencia del TEDH en este punto. En lo que ahora nos ocupa, y a parte el contenido del Art. 5 del CEDH, el TEDH ha venido estableciendo el derecho a la vida (Art. 2) junto con la prohibición de la tortura (Art. 3) como los pilares y valores básicos del CEDH. La obligación de investigar (en su vertiente procesal) derivaría de la obligación (positiva) de proteger, respetar y asegurar (Art. 1) el derecho a la vida (dimensión sustantiva o material); lo que ha permitido al TEDH aplicar en materia de desapariciones forzadas la mayor protección del derecho a la vida, en el entendimiento de que una

35 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas”, Doc. A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, p. 7. En este mismo sentido, Comentario General sobre la Definición de Desapariciones Forzadas (2007), p. 16.

36 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>

desaparición supone (también) una grave y directa “amenaza para la vida”.³⁷ Sin olvidar su clara jurisprudencia respecto a que cuando concurren varias circunstancias, como un 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 demandas, una desaparición forzada supone también la conculcación del contenido del artículo 3 del CEDH.³⁸

Así y en resumen, que la detención/desaparición por fuerzas de seguridad y policiales, en circunstancias que amenazan a la vida, genera la obligación de investigar para clarificar los hechos y el paradero de la persona desaparecida. En este sentido, el TEDH en la sentencia de la Gran Sala en el caso Varnava y otros c. Turquía³⁹ concluyó, en concreto, que la continuada ausencia de investigación debida se considerará una violación continuada, incluso cuando la muerte pudiera eventualmente presumirse. De manera más detallada, el TEDH indicó en esta importante decisión que:

“[...] la falta de una investigación efectiva es, en sí misma, lo principal en cuanto a la violación alegada. Tiene su propio y diferente ámbito de aplicación que puede llegar a funcionar con independencia de la dimensión sustantiva del artículo 2 (derecho a la vida) relativa a la responsabilidad del Estado por cualquier muerte ilegal o desaparición en circunstancias amenazantes para la vida. [...] El Tribunal [...] clarificó que la obligación procesal de llevar a cabo una investigación sobre las muertes, bajo el artículo 2, había evolucionado en su propia jurisprudencia hacia una obligación separada y autónoma; que podría considerarse capaz de obligar a los Estados incluso cuando la muerte tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Convención. [...] El Tribunal recuerda que la obligación procesal prevista en el artículo 2 de investigar cuando ha habido una muerte

37 Véase por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Tímurtas c. Turquía*, solicitud núm. 25531/94, sentencia de 13 de junio de 2000, párrs. 85 - 86 y 90. A partir de esta decisión, lo resumido es la postura generalmente consolidada en el sistema europeo.

38 Véase, por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Kurt c. Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, en *Reports 1998-III*, párr. 130 - 134; *Çakici c. Turquía*, N° 23657/94, sentencia de 8 de julio de 1999, párr. 88 - 99, en especial párr. 98; *Orhan c. Turquía*, N° 25656/94, sentencia de 18 de junio de 2002, en especial párr. 358; *İpek c. Turquía*, N° 25760/94, sentencia de 17 de febrero de 2004, párr. 178 - 183, en especial párr. 181 - 183; *Osmanoğlu c. Turquía*, N° 48804/99, sentencia de 24 de enero de 2008, en especial párr. 96 - 97.

39 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Varnava y otros c. Turquía (GC)*, No 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, sentencia de 18 de septiembre de 2009.

sospechosa o ilícita se ve impulsada, en la mayoría de los casos, por el descubrimiento del cuerpo o por la constatación de la muerte. En lo que respecta a desapariciones en circunstancias amenazantes para la vida, la obligación procesal de investigar apenas puede terminar con el descubrimiento del cuerpo o la presunción de muerte; esto tan sólo arroja luz sobre un aspecto de la suerte de la persona desaparecida. La obligación de dar cuenta sobre la desaparición y la muerte, así como identificar y perseguir a los perpetradores de actos ilícitos, generalmente perdura. [...] El Tribunal por tanto concluye que incluso cuando el transcurso de un lapso de tiempo de más de 34 años sin ninguna noticia de las personas desaparecidas puede suponer una prueba circunstancial fuerte de que las personas han podido morir, esto no elimina la obligación procesal de investigar. [...] El Tribunal enfatiza que [...] la obligación procesal bajo el artículo 2 que surge en relación con las desapariciones opera de manera independiente de la obligación sustantiva. Recuerda que la Corte Inter-americana, y hasta cierto punto el Comité de Derechos Humanos, aplican el mismo enfoque al aspecto procesal de las desapariciones cuando examinan alegaciones de denegación de justicia o falta de protección judicial incluso cuando la desaparición ocurrió antes del reconocimiento de su jurisdicción. [...] No obstante, hay una importante diferencia que debe extraerse de la jurisprudencia del Tribunal entre la obligación de investigar cuando ha habido la sospecha de una muerte y la obligación de investigar cuando ha habido la sospecha de una desaparición. Una desaparición es un fenómeno distinto, caracterizado por una situación continuada de incertidumbre y de falta de responsabilidad en la que se da una falta de información o incluso una ocultación deliberada y confusión sobre lo ocurrido [...]. Esta situación frecuentemente se extiende en el tiempo, prolongando el tormento de los familiares de la víctima. Por ello, no puede decirse que una desaparición es, simplemente, un acto o evento instantáneo; el elemento adicional y distintivo de la posterior falta de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a una situación continuada. Por tanto, la obligación procesal persiste, potencialmente, todo el tiempo que continúa sin aclararse la suerte de la persona; la continuada ausencia de investigación debida

se considerará una violación continuada, incluso cuando la muerte pudiera eventualmente presumirse”.⁴⁰

En consecuencia, el hecho de que la persona detenida y desaparecida hubiera muerto a continuación de forma violenta no afecta en absoluto la consideración del hecho como una desaparición forzada; son dos hechos, si se quiere, separados y distintos, pero cuya concurrencia no es excluyente. En síntesis, y volviendo al ámbito universal, como ha afirmado el GTDFI:

“[a]unque una conducta viole varios derechos, incluido el derecho al reconocimiento de una persona ante la ley, su derecho a la libertad y a la seguridad y el derecho a no ser sometida a tortura ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y viole, además, el derecho a la vida o lo ponga gravemente en peligro, [...] una desaparición forzada es un acto único y consolidado y no una combinación de actos”.⁴¹

En suma, la permanencia no es como tajantemente afirmó el TS, una “construcción” ilógica, sino que es algo consustancial a la propia naturaleza de la desaparición forzada, que puede venir seguida, las más de las veces, de una ejecución extrajudicial. La razón de fondo, volvamos a insistir, es que:

“[l]as desapariciones forzadas son el prototipo de actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo en que el crimen tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información relativa a la suerte o al paradero de la persona desaparecida. [...] Aun cuando varios aspectos de la violación puedan haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento nacional o internacional pertinente, si otras partes de la violación persisten, y mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso y no deberá fragmentarse el acto. Así pues, cuando la desaparición forzada se inició antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que un Estado determinado aceptase la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición

40 Párr. 136, 138, 145 - 148, traducción libre.

41 GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, “Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, Comentario General sobre la Desaparición Forzada como Delito Continuado (A/HRC/16/48), p. 26.

continúe tras la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción atribuye a la institución la competencia y la jurisdicción para entender del caso de desaparición forzada en su conjunto y no sólo de los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción [...] como consecuencia del carácter continuo de la desaparición forzada, es posible condenar a una persona por la desaparición sobre la base de un instrumento jurídico promulgado después de que comenzara la desaparición forzada no obstante el principio fundamental de no retroactividad”.⁴²

De igual manera, frente a la interpretación del TS, la naturaleza continuada de las desapariciones forzadas no busca “sustrae[r el delito] a las normas de prescripción”,⁴³ sino todo lo contrario, y precisamente en línea con el objeto del proceso penal: que los responsables de tales actos comparezcan ante la justicia. Si el desaparecido no ha sido hallado (ni vivo ni muerto), ni nadie ha dado razón definitiva de su paradero, el hecho ilícito subsiste por mucho que se presuma su muerte violenta. En el Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración, el GTDFI establece claramente que:

“[e]l 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”.⁴⁴

Aun más, en su informe de buenas prácticas de 2010 el GTDIF afirmaba que:

“[l]a indicación de que los casos de desaparición forzada no prescriben constituye una garantía contra la impunidad. Así debe establecerse siempre cuando el delito se comete en un contexto en el que constituye un crimen de lesa humanidad. En otros casos, si los Estados deciden establecer plazos de prescripción, debe disponerse

⁴² *Ibíd.*, pp. 25-26.

⁴³ TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia N° 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 16.

⁴⁴ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, “Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración (E/CN.4/20001/68), p. 8.

claramente en la legislación nacional que esos plazos no empezarán a contar hasta que se esclarezca la suerte o el paradero de las víctimas”⁴⁵

De forma que el GTDFI considera mejores prácticas las de los Estados en los que las desapariciones forzadas no están sujetas a prescripción.⁴⁶ Añadiendo que en el caso de aquellos Estados en cuyas legislaciones se establecen plazos de prescripción, supone la “mejor práctica” aquella consistente en interpretar la prescripción a la luz del principio por el que la desaparición forzada constituye un delito permanente, lo que entraña que el plazo de prescripción sólo empieza a contar a partir del momento en que deja de cometerse el delito.⁴⁷ Así ha quedado recogido en el Art. 8 de la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, sin perjuicio de que “[l]a 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” (Art. 5); es decir, la imprescriptibilidad.

A la vista de todo ello, a nadie debería extrañar, menos sorprender, que el Comité contra la Desaparición Forzada haya tenido que concluir, expresa y literalmente lo que sigue al examinar a España:

“... [el Comité] observa con preocupación la información recibida acerca del criterio adoptado por el Tribunal Supremo en relación con la investigación de presuntos casos de desaparición forzada (sentencia 101/2012) en virtud del cual, entre otros fundamentos tales como la existencia de una ley de amnistía y la muerte de los presuntos responsables, sostuvo que “[...] la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo [...]” (Arts. 8, 12 y 24).

45 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores Prácticas de la Legislación Penal Nacional en Materia de Desapariciones Forzadas”, Doc. A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, p. 16.

46 *Ídem*.

47 *Ibid.*, p. 17.

El Comité, teniendo en consideración el régimen de prescripción vigente en España en relación con los delitos de carácter permanente, insta al Estado parte a que vele por que los plazos de prescripción se cuente efectivamente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, es decir, desde que la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad. Asimismo, lo exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones...⁴⁸

IV. Sobre la aplicación de la Ley de Amnistía (Ley 46/77 de 15 de octubre de 1977)

En cuanto a este último particular, ya desde el comienzo del Fundamento de Derecho primero de la sentencia, el TS nos hablaba de “delitos amnistiados”. Cabría señalar aquí, de inicio, que resulta llamativo este calificativo, porque no se invoca caso alguno en que un juez en el marco de un proceso sobre los crímenes que aquí ocupan así lo haya declarado, ni ningún perpetrador invocado; a lo sumo, pues, podría hablarse de “delitos amnistiables” (en virtud de procedimiento, judicial, expreso que permitiese tal declaración). Con todo, lo cierto es que al examinar la Ley de Amnistía de 1977, el TS dedicó apenas dos páginas a exponer sus razonamientos jurídicos; siendo el resto de su argumentación una serie de valoraciones de índole política –olvidando aquí su afirmación al inicio de la sentencia, esto es, que no le corresponde al juez penal realizar juicios que no sean los propios del ámbito jurídico. En lo fundamental, la posición del TS rechazó completamente que, como defendió el juez Garzón, cualquier ley de amnistía que busque eliminar un crimen contra la humanidad sería nula de pleno derecho y, por ende, no podría ser aplicada; si bien, lo que parece apuntar es que leyes como la Ley de Amnistía española probablemente sean en la actualidad (internacionalmente) ilícitas, pero no así en el momento en que esta Ley fue aprobada ni respecto a (algunos de) los hechos que pretendían amnistiarse.

48 COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, “Observaciones Finales sobre el Informe Presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”, Documento de las Naciones Unidas, CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párr. 11-12. Negritas suprimidas.

De este modo, el TS partió aquí de reconocer que “una ley de amnistía, que excluya la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho”;⁴⁹ pero para sostener tras ello que:

“[a]hora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto [PIDCP] y el Convenio [CEDH] y así lo ha interpretado —dice a continuación el TS— el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones (véanse, las resoluciones 275/1988 y 343, 344 y 345 de 1988 en las que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recuerda que el Pacto “no puede aplicarse retroactivamente”).”⁵⁰

Analicemos este párrafo por partes, comenzando por la mención que el TS hizo de las decisiones del Comité de Derechos Humanos (el Comité), que por lo demás, también se invocaron en general respecto a la interpretación del “principio de legalidad penal” que defendió el TS en toda su sentencia.

En primer lugar, es muy significativo que el TS sólo mencionase estas dos decisiones del Comité de 1988 (ambas en relación con Argentina y las leyes de amnistía de aquel país; y ambas resueltas en el Período 38 de Sesiones del Comité de 1990). De hecho, las dos decisiones son absolutamente idénticas en lo que aquí interesa, de tal modo que a efectos expositivos pueden tratarse como si fuesen, en el fondo, una sola. Aclarado esto, en realidad no es exacto que el TS sólo refiérase esta(s) decisión(es), porque varios párrafos después volvería al ámbito del Comité para señalar lo siguiente:

“[...] desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 del 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, periodo 94 de sesiones, Observancia final n° 5 sobre España)”⁵¹

49 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia N° 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 18.

50 *Ídem*.

51 *Ibid.*, p. 19.

No están todos los que son, y es evidente cierta confusión en la cita (el Consejo de Europa nada tiene que ver con el “Pacto” ni el Comité), pero en todo caso, lo más interesante es que para el TS los documentos que cita son “recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento”. No es sencillo comprender exactamente lo que el TS quería identificar como “denuncias de incumplimiento”, quizá se refiera a decisiones respecto a comunicaciones individuales, pero lo fundamental es que el TS lo que pareció decirnos es que en estos casos que ahora citaba, lo afirmado por el Comité —esto es, lo contrario a lo que sostiene el TS— no tiene valor (¿jurídico?) alguno real; siendo que sin embargo, la decisión del Comité de 1988 respecto a Argentina, la única que citó al respecto y a la que el TS sí pareció “someterse”, es absolutamente clave y determinante. Razones jurídicas, de fondo o procesales, que permitan fundamentar tal cosa, brillan totalmente por su ausencia.

Destacado ello, volvamos a la decisión del Comité de 1988, tal y como la hemos agrupado. Por motivos de espacio, dejaremos ahora al margen referencia a las muy numerosas decisiones del Comité respecto a las amnistías en general; subrayando ahora que la tesis esencial que vino a hacer suya el TS parece ser que, tal y como se discutió en aquella decisión del Comité, no existe violación, no hay incompatibilidad alguna, si se prefiere, entre la aprobación de las leyes de “obediencia debida” y “punto final” argentinas y el Art. 2.3 del PIDCP, en tanto que “el Pacto no puede aplicarse retroactivamente”. Máxima que ahora, así formulada y sin más, se trae al caso de España y su Ley de Amnistía, para concluir que tampoco hay problema alguno entre la ley española y el Art. 2.3 del PIDCP (derecho a un recurso efectivo). Sin más.

Ahora bien, el TS con seguridad ha de conocer que el Comité nos ha compartido más cosas respecto a aquellas leyes de amnistía argentinas. Por poner un ejemplo sencillo, valga mencionar las Observaciones finales del Comité en relación con Argentina de 1995:

“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”⁵²

Parece pues que el Comité no sólo ha afirmado lo que el TS nos presentaba como prueba irrefutable de lo que quiere afirmar; de hecho, lo que ha señalado con claridad

52 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Argentina”, Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párr. 10.

el Comité actuando en el ámbito de otra de sus competencias –la revisión de informes periódicos de los Estados parte–, es precisamente que esas leyes de amnistía violaban el Art. 2.3 del PIDCP.

Llegados a este punto, caben pues dos posibilidades, necesariamente convergentes, para que lo que nos presentó el TS —tal y como lo hace— sea tan evidente como se pretende: 1) que el Comité hubiera decidido vulnerar todos los principios (para el TS claros e indiscutibles) que había defendido tajantemente en la decisión de 1988; y 2) que entonces lo que afirmó en 1995, y repitió en relación con Argentina varias veces después, así como en relación con otros muchos países, no tendría valor alguno, por lo anterior o porque “se trata de recomendaciones y observaciones”. La otra alternativa sería que el TS nos mencionó una decisión aislada que parece apoyar su tesis, soslayando o desestimando cualquier otra referencia, incluso del mismo órgano, que contradiga su parecer. Alternativa que, de ser el caso, sería muy poco edificante.

La cuestión es que una cosa es el modo en que el Comité interpretó su competencia temporal, de conformidad con el Protocolo Adicional I al PIDCP (es decir, para la resolución de comunicaciones individuales), y otra muy diferente la regla que ha de regir la interpretación y aplicación general de un tratado internacional; máxime ante violaciones continuadas o permanentes del mismo. Esta distinción es la que explica que en un caso el Comité se declarase incompetente (en las decisiones de 1988), sin que ello obste para que, en el ejercicio de otra de sus competencias, afirme que esas leyes de amnistía violan el Art. 2.3 del PIDCP, como por ejemplo hizo en el documento referido de 1995. De hecho, y por no volver ahora a todo lo que ya expusimos anteriormente respecto a la desaparición forzada de personas, la clave de aquella decisión del Comité se encuentra en lo siguiente:

“El Comité considera necesario recordar al Estado parte que, con respecto a las violaciones ocurridas o que continuaron después de la entrada en vigor del Pacto, tiene la obligación de investigar a fondo las presuntas violaciones y de proporcionar los recursos correspondientes a las víctimas o a sus familiares”.⁵³

Y aquí, no es necesario insistir en que desde el sistema universal de protección de los derechos humanos, pasando por todos y cada uno de los sistemas regionales, ya nadie duda hoy de que las desapariciones forzadas de personas son el arquetipo de los hechos o violaciones que “continúan después” de su inicial comisión.

53 Citamos el párrafo 5.4 de la decisión 275/1988; idéntico es el literal del párrafo 5.4 de la decisión 343, 344 y 345/1988.

Si pasamos ahora al ámbito del TEDH, ciertamente su jurisprudencia respecto a las leyes de amnistías es más limitada, por diversos motivos, que la del Comité de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, cabe señalar que si bien en un momento inicial fue la Corte la que miraba al TEDH, en la última década es éste el que ha tenido que aproximarse a los avances de la Corte. Así, en el seno del TEDH, una de las primeras posiciones expresadas sobre las amnistías suele situarse generalmente en el caso *Abdülşamet Yaman c. Turquía*:

“El Tribunal además resalta que cuando un agente estatal ha sido acusado de crímenes de tortura o malos tratos, es de una importancia vital para la finalidad de un “recurso efectivo” que los procesos penales y las sentencias no estén sujetos a prescripción y que la concesión de una amnistía o un indulto no deberían ser admisibles (ver Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas: Turquía, 27 de mayo de 2003, CAT/C/CR/30/5).”⁵⁴

Más próximo en el tiempo, podría referirse el caso *Ould Dah c. Francia*:

“[...] en la misma forma que el Comité de Derechos Humanos y el TPIY, consideran que la amnistía es generalmente incompatible con el deber que tienen los Estados de investigar sobre tales actos. Es forzoso constatar que en este caso la ley de amnistía mauritana interviene no tras el enjuiciamiento y condena del demandante sino precisamente con vistas a impedir toda persecución penal frente a éste. Ciertamente, de forma general, no se podría negar la posibilidad de un conflicto entre, de una parte, la necesidad de perseguir los crímenes cometidos y, de otra parte, la voluntad de reconciliación del cuerpo social de un país. En todo caso, ningún proceso de reconciliación de este tipo ha sido puesto en marcha en Mauritania. Sin embargo, como el Tribunal ya ha constatado, la prohibición de la tortura ocupa un lugar primordial en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Por lo tanto no se podría cuestionar la obligación de perseguir tales hechos concediendo la impunidad a su autor por la adopción de una ley de

54 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Abdülşamet Yaman c. Turquía*, No 32446/96, sentencia de 2 de noviembre de 2004, párr. 10. Traducción libre.

amnistía susceptible de ser calificada de abusiva desde el punto de vista del Derecho internacional[...]”.⁵⁵

Así, lo referido podría colocar el debate en sus justos términos; si bien, la posición del TS no se refirió, tampoco, a la aproximación resumida del TEDH respecto a las leyes de amnistía. La cual, apuntemos, se ha visto, ya reafirmada, ya mejor definida, tras su decisión en el caso Marguš contra Croacia: Y es que en este proceso, inicialmente en la sentencia de Sala del 13 de noviembre de 2012 se concluyó que desde hace décadas, y sobre la base de “las normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario, los tratados de derechos humanos, así como las decisiones de tribunales internacionales y regionales y de la práctica de los Estados”, existe una clara y constante tendencia que determina que la concesión de amnistías generales respecto de crímenes internacionales está prohibida por el derecho internacional.⁵⁶ Por su parte, en su sentencia del 27 de mayo de 2014, la Gran Sala añadió a todo ello que la misma jurisprudencia anterior del TEDH permitía concluir que la concesión de amnistías respecto al asesinato y maltrato de civiles es contraria a las obligaciones contenidas en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo; en tanto que ese tipo de leyes impiden u obstaculizan la investigación, y necesariamente conllevan la impunidad de los responsables.⁵⁷ De otro lado, subrayó la obligación unánimemente reconocida de los Estados de procesar y castigar a los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos; y a su tenor, la general y desde hace lustros creciente orientación internacional a considerar, en consecuencia, a las amnistías como jurídicamente inaceptables.⁵⁸

En cualquier caso, el TS lo que nos dio a entender es que en cierto modo, este tipo de leyes podrían ser contrarias al CEDH, pero lo que afirmó es que el CEDH no es (tampoco) aplicable “retroactivamente” a los hechos denunciados. Al respecto, no es necesario insistir en la posición del TEDH en relación con las desapariciones forzadas de personas, que ya comentamos en el apartado anterior. Añadamos solamente entonces que por acudir a una decisión reciente del TEDH, precisamente en relación con España, en el caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz contra España el TEDH de ningún modo ha mantenido que sea posible hablar de “aplicación retroactiva” alguna del CEDH en casos de desaparición forzada

55 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Ould Dah c. Francia, No 13113/03, decisión de inadmisión de 17 de mayo de 2009, p. 17. Traducción libre.

56 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Marguš contra Croacia, No 4455/10, sentencia de 13 de noviembre de 2012, párr. 74.

57 La reciente sentencia de la Gran Sala se encuentra disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144276#\[“itemid”,\[“001-144276”\]\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144276#[“itemid”,[“001-144276”]]). La referencia es del párr. 127.

58 *Ibid.*, párr. 139.

de persona, ni por supuesto ha sostenido que una ley de amnistía como la española suponga el fin de la obligación estatal de investigar hechos de esa naturaleza.⁵⁹

Ahora bien, tras descartar la posibilidad de aplicación del derecho convencional, el TS daría paso en su sentencia a otras formas de creación de obligaciones internacionales. Su argumentación en este punto aparecía concentrada en un solo párrafo, en los siguientes términos:

“Algún sector de la doctrina internacionalista mantiene que la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional, de *ius cogens*, y, por lo tanto, vinculante para España a raíz de la ratificación del Pacto que así lo establece. Sin embargo, incluso si ello fuera así, esa costumbre incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, ratificado por España en 1.977, regiría a partir de una fecha muy posterior a los hechos objeto de la instrucción judicial. Aún en este supuesto, que entendemos no concurre, la prohibición de una amnistía dispuesta por una costumbre, posteriormente introducida a un Convenio Internacional, plantearía un nuevo problema, el de la posibilidad de que un tribunal español pudiera declarar nula, por contraria a derecho, la ley de amnistía. Ello no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto. Los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo.”⁶⁰

No podemos detenernos ahora en todo lo que cabría comentar aquí, aunque hay que subrayar al menos que esta exposición es singularmente confusa. De hecho, el TS pareció afirmar que si existiera esa “costumbre internacional de *ius cogens*”, la misma sería sólo vinculante para España tras ratificar el PICDP. Sin embargo, si partimos únicamente de la naturaleza consuetudinaria de la norma, como señalaba el TS, ello supondría que hasta que España ratificó el Pacto habría sido lo que se conoce técnicamente como un “objeto persistente” en cuanto a la “prohibición

59 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, Application N° 301410/09, decisión de inadmisión de 27 de marzo de 2012, párr. 31 y ss., en especial párr. 39. Sobre los motivos que llevaron al TEDH a inadmitir esta demanda, puede verse RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN, “Decisión del TEDH en el caso Gutiérrez Dorado vs. España, Luces y Sombras”, *Series de Análisis Jurídicos-GCyF*, abril de 2012 (disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/f893f36547a757264deca19d70abf3e48ae19ae5.pdf>).

60 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia N° 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 19.

de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos”. Pero, ¿sobre qué datos se sostendría entonces la oposición sistemática, expresa y permanente de España a tal norma consuetudinaria desde su formación —por acudir a la caracterización al uso de la Corte Internacional de Justicia? Nada nos dijo el TS al respecto. Pero es que, además, si el propio TS caracterizó esa “costumbre internacional” como de norma de “*ius cogens*”, ¿cómo es sencillamente posible que España no estuviera vinculada por ella, por una norma nada más ni nada menos que de *ius cogens*, hasta que ratificó el Pacto? Sostener tal cosa requeriría, en fin, de una explicación jurídica descomunal, por no decir otra cosa.

Con lo apuntado dejemos este particular, porque en realidad el TS lo que finalmente pareció concluir es que, sea como fuere, a su juicio, no hay costumbre internacional, de *ius cogens*, alguna. Tampoco nos aclaró sus razones en este punto, pero la clave es que a continuación añadió que en cualquiera de los casos, los tribunales de justicia nada podrían hacer respecto a la Ley de Amnistía; pues es una cuestión que afecta al legislador (haciendo abstracción, en fin, sobre a quién corresponde en su caso aplicar o no una ley). Los motivos en este punto vuelven a ser confusos, porque si el TS estaba manejando como hipótesis la existencia de una costumbre internacional, es difícil comprender con base en qué sostuvo que no aplicar plenamente una ley contraria a ella “no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto”. ¿Estamos hablando entonces de la aplicación de una costumbre internacional por parte de los tribunales españoles, o de un tratado internacional, o de las dos cosas, o de ninguna? Es complicado saber exactamente lo que nos quiso plantear el TS. Aunque la referencia final parecía tender a mantener que aun en el supuesto de que la ley española fuera contraria a las obligaciones, convencionales o consuetudinarias, de España, los jueces deberían aplicar en todo caso esa ley (interna). Tentación sentimos de recordar la posición que el Derecho internacional tiene en relación con el Derecho interno, en general o en lo concreto según la interpretación unánime de los artículos 1.1, 9, 95 o 96 de la Constitución española; pero entendemos que no es preciso hacerlo. Lo único que señalaremos entonces es que el TS pareció indicarnos en este punto y en todo caso, que el Estado español no tendría otra alternativa que a través de sus órganos de justicia, aplicar una disposición de derecho interno contraria a los compromisos internacionales que le vinculan, hasta que fuese “denunciado” ante “los órganos vigilantes” correspondientes; eso o que el legislador derogue la ley en cuestión. Renunciando, en fin, a toda posibilidad de que, por ofrecer una simple alternativa, los jueces interpreten la Ley de

Amnistía de tal modo que de su ámbito de aplicación quedasen fuera las graves violaciones a los derechos humanos/crímenes de derecho internacional.

Con todo, la cuestión de fondo que parece subyacer en esta tan condensada y confusa argumentación del TS es como ya avanzamos, la valoración política que hizo de la Ley de Amnistía. Así, apeló a su sentido de reconciliación, diciendo que “en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes”;⁶¹ sostuvo que “la citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha”;⁶² y añadió que habría constituido junto con la Constitución “un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento”.⁶³

Varios comentarios podrían hacerse en este punto, pero nos limitaremos a uno y de orden jurídico-internacional. Sea como fuere, si el TS quiso estimar que esta Ley sería de aplicación a los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y por las autoridades en el franquismo, baste recordar que las razones que presentó resultan, en esencia, irrelevantes para examinar la adecuación de una medida legislativa con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado. Aceptar el planteamiento de fondo del TS, de hecho, supondría negar la misma existencia del derecho internacional, pues equivaldría a sostener que toda medida legislativa aprobada con un apoyo más o menos amplio, por unos motivos u otros, y por un Parlamento democrático, automáticamente sería internacionalmente “lícita”, aunque su contenido incurriera en contradicción flagrante con las obligaciones internacionales del Estado.

A este respecto, baste recordar entre otros muchos ejemplos, el de la ley de amnistía uruguaya (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado), no solamente aprobada por el legislador, 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

61 *Ibíd.*, p. 20.

62 *Ídem.*

63 *Ibíd.* p. 21.

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 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”⁶⁴.

Y en igual sentido, acabemos trayendo a colación también la Observación General del GTFDI, relativa al contenido del artículo 18 de la Declaración, en la que 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[...].”⁶⁵

En suma, y de nuevo, probablemente solo al TS podría sorprenderle lo que nos vemos obligado a reproducir. Por mero orden cronológico, según el GTFDI:

“En octubre de 1977, España aprobó una Ley de Amnistía con un amplio apoyo parlamentario. Según la información recibida por el Grupo de Trabajo, las autoridades españolas y gran parte de la

64 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, párr. 1.

65 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, parr. 2.

sociedad ven a esta Ley de Amnistía como una pieza fundamental que permitió una transición pacífica de la dictadura a un Estado de Derecho. Se le explicó al Grupo de Trabajo que la ley de amnistía española no es una “ley de punto final”. Al respecto, el artículo 18 de la Declaración es categórico en indicar que los autores o presuntos autores de actos de desaparición forzada no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. Una ley de amnistía no debe permitir el término de la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de las desapariciones. El Grupo de Trabajo insta al Estado a adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto la Ley de Amnistía de 1977, como ya ha sido recomendado por distintos organismos internacionales”.⁶⁶

De su lado, el Comité contra la Desaparición Forzada, debió indicarle a España que le:

“[...] exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, *en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía*”.⁶⁷

Finalmente, para el Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de las Naciones Unidas:

“En España se ha alegado que la Ley 46/1977 (Ley de Amnistía) no es una ley de ‘punto final’ puesto que fue adoptada democráticamente por el primer parlamento elegido después de la transición. El hecho

66 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>. Negritas suprimidas.

67 COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, “Observaciones Finales sobre el Informe Presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”, Documento de las Naciones Unidas, CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párr. 12.

de que la ley fue adoptada no por el régimen anterior sino por un parlamento elegido democráticamente la hace, es cierto, diferente de una ‘auto-amnistía.’ Pero en efecto la ley acabó cumpliendo las funciones de una ley de punto final en tanto que se ha utilizado para archivar prácticamente la totalidad de los casos que llegan ante los jueces.

Aun en países que no han derogado leyes de amnistía, los tribunales de algunos de ellos han encontrado interpretaciones tanto de esas leyes como de los principios relevantes (legalidad, no retroactividad) que no han impedido la investigación y el procesamiento de presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto incluye, por ejemplo, interpretaciones según las cuales las amnistías suspenden la responsabilidad penal, pero, en la medida en que requieren para su aplicación una determinación judicial (como sucede con la ley 46/1977), requieren a su vez al menos una investigación de los hechos, pues de otra manera no hay responsabilidad alguna que se pueda suspender o extinguir [...]

[Por todo ello, entre otras cuestiones, el Relator coincide con] el Comité contra la Desaparición Forzada y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas, en particular en relación a: privar de efectos la ley de amnistía de 1977”⁶⁸

V. Conclusión final

Tras el examen que hemos realizado de los argumentos del TS en torno a la figura de los crímenes contra la humanidad, la consideración que realizó de la desaparición forzada de personas, y la posición adoptada respecto a la aplicación de la Ley de Amnistía, la conclusión a ofrecer no puede ser otra que la siguiente: no sólo en las soluciones adoptadas por la sentencia, sino muy especialmente en los razonamientos utilizados, el TS se mostró totalmente refractario a cualquier consideración fundada, a cualquier aplicación y en suma a toda interpretación normativa acorde con el derecho internacional, en general, y con el derecho internacional de los derechos humanos, en particular. Y de este modo, y aunque en su sentencia afirmase que “la normativa internacional de protección de los derechos humanos, en permanente

68 RELATOR ESPECIAL PARA LA PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España”, 3 de febrero de 2014. Disponibles en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=S>

discusión, está propiciando importantes debates jurídicos que impiden hoy un pronunciamiento categórico sobre su extensión”,⁶⁹ lo cierto es que como acabamos de ver, el TS sí se manifestó sobre ello categóricamente: según su juicio sobre el derecho aplicable, ninguna “normativa internacional de protección de los derechos humanos” es jurídicamente pertinente en cuanto a la investigación judicial de los crímenes del pasado en España; tampoco lo es la interpretación que de la misma han dado múltiples órganos internacionales, ni en lo general ni en lo particular sobre el mismo caso de España. De hecho, a juicio del TS tal investigación (penal) judicial era y es sencillamente imposible en este país; como lo ha sido y parece ser la plena satisfacción de los derechos de sus víctimas.

No cabe duda de que muchas de las cuestiones que hemos examinado en esta breve contribución han sido y son objeto de un tan intenso como legítimo debate, pero sin querer realizar ningún juicio de intenciones, resulta ciertamente llamativo que la posición mantenida por el TS pueda resumirse en el descarte, la negativa, o la oposición a considerar en serio los muy numerosos pronunciamientos de múltiples instancias internacionales que desde hace décadas han establecido lo contrario —en todo o en parte— que lo defendido por el Alto Tribunal español. Y todas estas afirmaciones y/o construcciones, conviene destacarlo, no son meras posiciones doctrinales, sino el derivado de las funciones que les han sido atribuidas como órganos vigilantes e intérpretes cualificados de un amplio conjunto de obligaciones internacionales aceptadas por España. Resultando un argumento poco edificante, por decir lo menos, la defensa de que cuando conviene o se pretende ignorarlas, se trata de meras “recomendaciones y observaciones” que pueden tomarse, en fin, a beneficio de inventario. Máxime cuando, sin irnos a lo más general, estos órganos internacionales han mantenido, todos ellos, desde hace años y en lo más reciente, exactamente lo mismo respecto a la valoración jurídica que merece el modo en que España ha tratado y trata los crímenes cometidos antes de su último proceso de transición a la democracia.

En cualquier caso, el hecho es que a pesar de que durante el procedimiento que concluyó con la sentencia analizada gran parte de lo que señalado fue, en lo general, ya expresa y reiteradamente puesto sobre la mesa, el TS aparentemente no hizo o quiso hacer oído a nada de ello. Realidad que de lo particular del proceso contra el juez Garzón se extendió de forma inmediata a todas y cada una de las causas relativas a algunos de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo. Dicho de otro modo, a partir de la resolución del TS, el resto de tribunales

69 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 34.

españoles asumió de manera completa y casi mecánica tanto el fondo como los argumentos utilizados en su sentencia; no resultando entonces infundada –pero sí lamentable– la reciente caracterización que como ya vimos, nos compartió hace unos meses el GTDFI. Esto es, la general existencia en España de “una judicatura que no ha interpretado la ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos [creando] un patrón de impunidad para los casos de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura”.⁷⁰

En este orden de ideas y finalmente, aunque no debiera sorprender a (casi) nadie, entendemos que es especialmente ilustrativo que como hemos ido apuntando, en los últimos meses los tres órganos internacionales que han visitado o examinado a España –el GTDFI, el Comité contra la Desaparición Forzada y Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición– hayan coincidido unánimemente en que en España parece y/o se pretende jurídicamente imposible el “acceso por parte de las víctimas al aparato judicial”, en palabras del último de ellos.⁷¹ O por mejor detallarlo, y en lo que nos ha ocupado específicamente en este artículo, que: “[e]l Tribunal Supremo en sus sentencias de absolución y competencia estableció expresamente que no procede la investigación penal por casos de desapariciones forzadas dado que los casos estarían prescriptos, los presuntos responsables estarían muertos, el carácter continuado de las desapariciones sería una ficción inaceptable jurídicamente y, de todas maneras, sería aplicable a ellos la Ley de Amnistía de 19[7]7. [...], esta combinación de factores es contraria a los principios que emergen de las obligaciones internacionales de España[...]”⁷² Obligaciones internacionales cuyo contenido e interpretación, valga recordarlo, no son algo novedoso ni sobrevenido, sino claramente establecidos y asentados desde hace lustros; como nos han tenido que recordar recientemente y al unísono, y como el TS y el resto de tribunales españoles deberían haber sabido y si no, saber ya.

70 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones Preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>

71 RELATOR ESPECIAL PARA LA PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España”, 3 de febrero de 2014. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=S>

72 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones Preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>. *Cursiva añadida.*

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la II Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución

Leandro Alberto Díaz

O status de vítima no Tribunal Penal Internacional:
a importância de uma perspectiva comunicativa

Giovanna Maria Frisso