

ESPAÑA:

La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo

Noviembre de 2008

**AMNISTÍA
INTERNACIONAL**



DOCUMENTO PÚBLICO

Fecha: Noviembre 2008 – Índice SE: EUR410008-20809

SECRETARIADO ESTATAL. FERNANDO VI, 8, 1º IZDA. 28004 MADRID
Telf.: + 34 91 310 12 77 Fax: + 34 91 319 53 34 E-mail: info@es.amnesty.org Web: www.es.amnesty.org

INDICE

1. Introducción	5
2. Cronología de las actuaciones judiciales: denuncia, diligencias preliminares y admisión a trámite de la causa.....	7
3. Obligación del Estado de investigar. Actuación del Ministerio Fiscal y principio de legalidad	9
3.1. Actuación del Ministerio Fiscal y principio de legalidad	10
3.2. De la supuesta cuestión de competencia	12
3.3. De la práctica de diligencias esenciales que no causen a terceros perjuicios irreversibles de difícil reparación	13
4. Crímenes de derecho internacional: desapariciones forzadas de personas y crímenes contra la humanidad, la calificación de los hechos.....	15
4.1. El Ministerio Fiscal y la calificación de los hechos.....	18
5. La cuestión de la prescripción de los delitos: ¿Han prescrito estos crímenes? ...	20
6. Incompatibilidad de la amnistía con la obligación de juzgar y sancionar. La no aplicación de la Ley de Amnistía.....	23
6.1. La Ley de Amnistía de 1977	25
7. La falta de adecuación de la “Ley de Memoria Histórica” a los estándares internacionales en materia de desapariciones y exhumaciones.....	27
8. Derecho de las víctimas a recursos efectivos para hacer valer sus derechos a verdad, justicia y reparación	29

ESPAÑA

La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo

1. Introducción

En las últimas semanas, y con particular intensidad desde el 16 de octubre pasado con el auto judicial que dispone la tramitación de una causa por la Audiencia Nacional sobre hechos ocurridos durante la Guerra Civil y el régimen franquista, la sociedad española está siendo expuesta a opiniones y declaraciones de autoridades en las que bien se hace una utilización distorsionada de conceptos y términos de naturaleza jurídica, bien se falta a la verdad en torno al contenido del proceso. Todo ello con el propósito de oponerse a la obligación del Estado español de investigar en base a evidencias razonables sobre la comisión sistemática o a gran escala de desapariciones forzadas con características propias de los considerados crímenes contra la humanidad, cuya denominación hace más de un siglo es reconocida por el derecho internacional por su naturaleza especialmente ultrajante para la conciencia de la humanidad.

Algunos de los argumentos que han sido sostenidos en reacción al auto judicial pueden desorientar especialmente a la opinión pública al ignorar u ocultar deliberadamente la legalidad internacional y el régimen de derecho que la comunidad internacional ha ido construyendo ante la realidad de Estados renuentes a garantizar los derechos de las víctimas e inclinados a la impunidad y el olvido. Invocar leyes internas reñidas con el derecho internacional es una expresión conocida en la experiencia mundial cuando las sociedades se enfrentan a su pasado.

Para la comunidad internacional, cualquier Estado que, con desprecio a los derechos de las víctimas, busca establecer la lógica del olvido respecto de crímenes especialmente ultrajantes para la conciencia de la humanidad, se coloca fuera de la legalidad reconocida internacionalmente y socava su propia legalidad. Como la experiencia mundial demuestra, las exigencias de verdad, justicia y reparación, no se cierran por el paso del tiempo sino con la realización de tales derechos. El Estado español no es una excepción.

En España, aquellos que fueron detenidos ilegalmente sin que hasta la fecha se haya esclarecido la suerte que corrieron y el paradero de sus restos, no han sido olvidados por sus familias, ni por la comunidad internacional, ni pueden serlo por una sociedad como la española. La prolongada injusticia de quienes fueron privados de recursos en materia de verdad, justicia y reparación, es una de las más profundas heridas abiertas que la sociedad española tiene hoy la oportunidad de apreciar en su justa dimensión interna e internacional.

España cuenta con una trayectoria judicial que en ejercicio de la jurisdicción universal ha contribuido con decisiones, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, a afirmar la legalidad internacional respecto de crímenes atroces con independencia del lugar en el que se hayan cometido. Si como agente de la comunidad internacional, España a través de sus tribunales ha afirmado la universalidad de los derechos de las víctimas y rechazado los mecanismos de impunidad que impedían la realización de sus

derechos, hoy tiene la oportunidad de actuar con coherencia respecto de aquellas personas sometidas a una prolongada injusticia en su propio país.

En este contexto de grave desinformación por parte de autoridades que debían defender la legalidad, Amnistía Internacional ofrece este documento para exponer y esclarecer conceptos ante la confusión que se está sembrando, y contribuir a que las autoridades españolas ajusten sus opiniones y decisiones a la legislación a la que se deben con justicia y equidad.

Por otra parte, cuestionar la labor jurisdiccional del juez instructor en los términos en los que se está haciendo supone un ataque inadmisibles a su independencia judicial que la Constitución y las leyes españolas garantizan y debe preservarse. El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) se creó precisamente para garantizar la independencia del Poder Judicial y tiene encomendada por la Constitución española la función primordial de velar por la garantía de la independencia de los jueces y magistrados frente a los demás poderes del Estado¹. Entre aquellas otras competencias que le atribuyen las leyes, cabe destacar la de intervenir en amparo de los jueces y magistrados que se sientan atacados en su independencia².

Amnistía Internacional ha venido abogando de manera sostenida ante las autoridades españolas en los últimos años por la deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil y del régimen franquista, a quienes el Estado privó de los derechos a la verdad, justicia y reparación³. La organización ha lamentado especialmente la falta de compromiso de las diferentes autoridades con el dolor de las familias quienes de modo precario y con sus propios medios emprendieron la búsqueda y la recuperación de los restos de sus seres queridos detenidos ilegalmente respecto de cuyo paradero no obtuvieron respuesta ni durante el régimen franquista ni durante los gobiernos posteriores.

Tras la tramitación de la Ley “por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura”⁴, quedó confirmada, como no podía ser de otra manera, a través de su Disposición adicional segunda que “[l]as previsiones contenidas (...) son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España”. Dicha disposición por cuya inclusión abogó intensamente Amnistía Internacional durante la tramitación de la Ley, es precisamente uno de los elementos de máxima importancia a tener en cuenta para abordar la materia sobre la que ciertos sectores, incluido el Ministerio Fiscal, se han pronunciado.

¹ Artículo 122 de la Constitución.

² Ver artículos 12 a 14, 107 y 378 y ss de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

³ Ver: Amnistía Internacional, España: *Poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista*, julio de 2005; Amnistía Internacional, España: *Víctimas de la Guerra Civil y el régimen franquista: el desastre de los archivos, la privatización de la verdad*, marzo de 2006; Amnistía Internacional, España: *Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: No hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de "Derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo"*, noviembre de 2006. Ver además Amnistía Internacional, España: *Un compromiso necesario. Recomendaciones de AI para un Plan de Acción de Derechos Humanos*, junio de 2004, y Amnistía Internacional, España: *Agenda de derechos humanos para la legislatura 2008-2012. Un compromiso más firme, una acción más eficaz*, junio de 2008.

⁴ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura. BOE de 27/12/2007

2. Cronología de las actuaciones judiciales: denuncia, diligencias preliminares y admisión a trámite de la causa

- ✓ El 14 de diciembre de 2006, organizaciones de familiares de víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo presentaron ante la Audiencia Nacional denuncias a las que se sumaron otras, respecto de hechos presuntamente constitutivos de crímenes contra la humanidad que habrían incluido detenciones ilegales, “sin que hasta la fecha pudieran conocer la suerte que corrieron sus seres queridos y el paradero de sus restos”.
- ✓ Con fecha 29 de enero de 2008, el Fiscal de la Audiencia Nacional Carlos Miguel Bautista Samaniego emite informe en el que expresa que “no procede admitir a trámite las denuncias al no ser competente el Juzgado Central de Instrucción, debiendo procederse a su archivo”. En dicho informe el fiscal sostiene:
 1. Que la condición de imprescriptibilidad no se aplica a los hechos denunciados, en razón de que éstos solo pueden ser calificados como delitos comunes de acuerdo a los tipos penales contemplados en el Código Penal de la época y, en la medida que la ley penal no puede ser de aplicación retroactiva sino que exige predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones “de modo que el agente pueda ajustar su conducta de manera adecuada a las previsiones de aquella”
 2. La aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley 46/ 1977 de Amnistía por tratarse de delitos comunes
- ✓ En marzo, las partes constituidas en la causa presentan escrito de oposición al archivo instado por el Ministerio Fiscal.
- ✓ El Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, con carácter previo a decidir sobre su competencia, ordenó la práctica de determinadas diligencias encaminadas a determinar la magnitud de los hechos denunciados y su naturaleza delictiva. Así, el 25 de septiembre de 2008 dictaba una providencia **reclamando, entre otros, los fondos judiciales de los Tribunales de Justicia de Madrid desde 1936, dependientes del Gobierno de la República.**
- ✓ El 16 de octubre de 2008, mediante auto judicial el Juzgado Central de Instrucción dispuso asumir la competencia para la tramitación de la causa por “presuntos delitos permanentes de detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad”. Dicho auto expresa claramente **que no se trata de formar una Causa general.** El juez instructor destaca que “los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española”, y que el propósito “se concreta en el tema de la desaparición forzada de personas, sin despreciar todos y cada uno de los datos e información que ayuden a formar la convicción sobre los hechos denunciados”.
- ✓ El 17 de octubre de 2008, el Juzgado Central de Instrucción acordó la transformación de las diligencias previas en sumario por ser el procedimiento en el que se conceden mayores garantías a las partes, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.
- ✓ Con fecha 20 de octubre de 2008, el Ministerio Fiscal formula “recurso de apelación” directamente ante la Sala de lo Penal respecto del auto de admisión a trámite de fecha 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción, solicitando su archivo.
- ✓ Con fecha 21 de octubre de 2008, el Ministerio Fiscal plantea incidente de competencia ante el Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, solicitando que declare nuevamente la incompetencia del Juzgado de Instrucción con nulidad del auto de 16 de octubre de 2008, alegando el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- ✓ Con fecha 22 de octubre de 2008, el Juzgado Central de Instrucción número 5 dicta providencia dando traslado a las partes personadas de la petición del Ministerio Fiscal -escrito de 21 de octubre de 2008- para que informen de lo que a su derecho convenga sobre lo planteado, “al objeto de no generar, de forma irreparable, indefensión, ni de quebrantar el principio de tutela judicial efectiva y garantizar la contradicción”. Cabe destacar que la actuación del instructor viene motivada por un oficio proveniente de la presidencia de la Sala de lo Penal.
- ✓ El 23 de octubre de 2008, el Juzgado Central de Instrucción número 5 resuelve no admitir a trámite el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal de fecha 20 de octubre de 2008, contra el auto de fecha de 16 de octubre de 2008, confiriéndole plazo para que subsane en su caso interponiendo el preceptivo recurso de reforma.
- ✓ Con fecha 7 de noviembre de 2008, el Ministerio Fiscal solicita, mediante escrito dirigido al Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que “ordene al Instructor que se limite a practicar diligencias esenciales que no causen a terceros perjuicios irreversibles de difícil reparación, caso de estimarse el incidente de competencia planteado”. El Ministerio Fiscal alega el artículo 22 en relación con el 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- ✓ El 7 de noviembre de 2008, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en pleno extraordinario convocado al efecto por su presidente, resuelve a favor de la petición del Ministerio Fiscal y ordena suspender cautelarmente la práctica de toda diligencia en relación con las exhumaciones de fosas hasta que se dirima si el Juzgado Central de Instrucción es competente para conocer e investigar los hechos denunciados.

3. Obligación del Estado de investigar. Actuación del Ministerio Fiscal y principio de legalidad

A partir de la obligación básica de “respetar, asegurar que se respeten y aplicar” las normas internacionales de derechos humanos, el Estado español tiene el deber ineludible de garantizar el acceso igual y efectivo a la justicia; la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre los abusos y los mecanismos de reparación.

En virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar en forma exhaustiva e imparcial toda denuncia de violación de derechos humanos para identificar, juzgar y sancionar a los responsables de tales violaciones así como garantizar reparación a las víctimas o sus familiares⁵. El Estado español no puede elegir cuál de estas obligaciones cumplir y por tanto no puede oponerse a ninguna de ellas. La obligación de investigar comprende el necesario ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado⁶. Si un Estado incumple con esta obligación, su responsabilidad internacional se encuentra comprometida⁷. La entonces Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recordado insistentemente la existencia de esta obligación en varias resoluciones sobre la cuestión de las desapariciones forzadas⁸.

Asimismo, el derecho de las víctimas a la justicia está inextricablemente unido a la obligación del Estado de investigar. Su incumplimiento se traduciría, en impunidad y denegación de los derechos de las víctimas a obtener la tutela efectiva de los tribunales de justicia. Además, tal obligación de investigar no puede ser acometida de cualquier manera. Debe ser cumplida conforme a los estándares establecidos por las normas y la jurisprudencia internacionales. El deber de investigar es una obligación de medio. Ello significa que el Estado debe llevar a cabo las actividades necesarias para **esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodearon e identificar a sus autores**. Se trata de una obligación jurídica y no de una mera gestión de intereses particulares. Esto implica que las **investigaciones deben ser emprendidas de oficio** por las autoridades, independientemente de que medie denuncia formal.

Así, el Comité de Derechos Humanos ha recordado que:

“el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es

⁵ Al respecto, ver entre otros, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2; Relator Especial sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, *Informe a la Comisión de Derechos Humanos*, doc. E/CN.4/1994/7, párrafos 688 y 711; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez, en Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 4, párrafos 166 y 174.

⁶ La obligación de procesar judicialmente y de castigar a los autores de violaciones de derechos humanos es de carácter tanto convencional como consuetudinario.

⁷ Este criterio fue establecido hace más de un siglo. Ver caso Laudo Arbitral de 1 de mayo 1925 proferido por Max Huber en el asunto de las reclamaciones británicas por daños causados a sus súbditos en la zona española de Marruecos, Doc. ONU, Nations Unies, Recueil de sentences arbitrales, vol. II, pág. 640-742.

⁸ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resoluciones 1994/39, párrafo 15 y 1995/38, párrafo 13. Asimismo, ver reciente Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a El Salvador, Doc. A/HRC/7/2/add.2, de 26 de octubre de 2007.

aplicable *a fortiori* en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados”⁹.

Para el derecho internacional, el derecho a un recurso ante graves violaciones de derechos humanos –que a su vez es un derecho inderogable– incluye el acceso a justicia, la reparación adecuada y efectiva y el acceso a información objetiva sobre la violación cometida¹⁰.

Es más, **tratándose de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas o tortura, los recursos deben ser esencialmente judiciales**¹¹. De lo contrario, tal y como ha expresado el Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las Naciones Unidas, resultaría “difícil imaginar un sistema judicial que vele por los derechos de las víctimas y se mantenga al mismo tiempo indiferente e inactivo ante los flagrantes delitos de quienes los han violado”¹².

3.1. Actuación del Ministerio Fiscal y principio de legalidad

Según el artículo 124 de la Constitución española es función del Ministerio Fiscal “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece igualmente que el Ministerio Fiscal “tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”¹³. Es igualmente pertinente el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹⁴.

En virtud del derecho internacional, **las acciones a cargo del Estado deben ponerse en marcha siempre que haya motivos razonables sobre la desaparición forzada de personas**, para lo cual debe disponer de todas las facultades y recursos necesarios para llevar a cabo la investigación¹⁵. Asimismo, según las *Directrices de Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales*, éstos “desempeñarán un papel activo en el procedimiento penal, incluida la iniciación del procedimiento y, cuando así lo autorice la ley o se ajuste a la práctica local, en la investigación de delitos, la supervisión de la legalidad de esas investigaciones”¹⁶. **De conformidad tanto con la legislación española¹⁷ como con las normas internacionales¹⁸, el Ministerio Fiscal debió**

⁹ Decisión de 13 noviembre de 1995, Comunicación N° 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista*, (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/55/D/563/1993, párrafos 8.2 y 8.6. Igualmente ver la Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación N° 612/1995, Caso *José Vicente Villafañe Chaparro y otros* (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/60/D/612/1995, párrafos 8.2 y 8.8.

¹⁰ *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (párrafos 11 a 14), adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 19 de abril de 2005 en virtud de la RES 2005/35.

¹¹ Ver Decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 2000, Comunicación n° 778/1997, Caso *Coronel et al* (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/70/D/778/1997, párrafo 6.4.

¹² Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1992/8, párrafo 5.5.

¹³ Artículo 541 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁴ Ver Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, así como Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹⁵ Artículo 13(1) de la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*. Asimismo, artículo 12(1) de la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*.

¹⁶ Aprobadas por el octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

¹⁷ Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

haber promovido de oficio la acción pública. No sólo no lo ha hecho, sino que en sus escritos de 20 y 21 de octubre de 2008 elabora toda una batería de argumentos para oponerse al ejercicio de la jurisdicción española, en cualquier caso, tendente a la investigación de los hechos y circunstancias relativas a las desapariciones.

Las asociaciones de víctimas denunciantes han solicitado a los órganos jurisdiccionales españoles que adopten no sólo –como afirma el Ministerio Fiscal– las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la represión y la localización de las fosas comunes sino también que se **instruya el oportuno proceso para la averiguación y punición de los hechos y determinación de responsabilidades penales.** Es decir, se trata precisamente del derecho imprescriptible e inalienable de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y de la suerte que corrieron las personas desaparecidas o fallecidas. La realización de este derecho exige necesariamente la existencia de un proceso judicial.

De conformidad con el *Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos*, “incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber”¹⁹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha considerado que cuando una persona afirma “de manera defendible” ser víctima de una violación grave a sus derechos humanos, se origina para los Estados una obligación procedimental, la de poner en marcha una “investigación oficial efectiva” para “poder llevar a la identificación y el castigo de los responsables”²⁰.

Los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal (a saber, la incompetencia del órgano judicial instructor, la irretroactividad de la ley penal, la prescripción de los delitos y la aplicación de la ley de amnistía) van destinados al archivo de las actuaciones, es decir, a la no apertura del proceso. Tal pretensión resulta ilegítima y especialmente lesiva respecto de aquellas personas que fueron privadas de contar con un derecho efectivo. **La aplicación de la ley que propugna el Ministerio Fiscal niega a los denunciantes su derecho a la acción de la justicia,** lo que vulnera el derecho de las víctimas a obtener justicia²¹.

El Ministerio Fiscal pareciera confundir el objetivo último de todo procedimiento penal, es decir, la sanción de conductas delictivas, con los fines propios a una instrucción: investigar para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y, a partir de ahí, establecer las responsabilidades penales oportunas²². Así, difícilmente podrá el Ministerio Fiscal ejercer el rol de garante de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas –a obtener justicia y reparación– y a satisfacer los interés de la sociedad –que no queden impunes los responsables de delitos graves de derecho internacional– si no sólo no actúa de oficio sino que, en sus actuaciones, promueve interpretaciones de las leyes que impiden investigar los delitos que se denuncian y que llevan a perpetuar mecanismos de impunidad, obviando y quebrantando el derecho internacional.

¹⁸ Cabe recordar que la Constitución española sitúa a los tratados y a las normas generales del derecho internacional como normas jerárquicamente superiores a la interna (ver artículo 96(1) en relación con los artículos 95(1) y 10(2)).

¹⁹ Documento ONU E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

²⁰ Tribunal Europeo de Derecho Humanos, caso *Assenov contra Bulgaria*, 28 de octubre de 1998, para. 102 y caso *Kaya contra Turquía*, 22729/93, sentencia de 19 de febrero de 1998, párrafo 107.

²¹ Vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva que incluye el acceso al proceso debido contemplado por el artículo 24 de la Constitución española.

²² Artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.2. De la supuesta cuestión de competencia

El Ministerio Fiscal niega la competencia del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. Sin embargo, los argumentos que utiliza se entremezclan de tal manera que no se entiende cuál es en definitiva su pretensión. Así:

- (i) en el informe de fecha 29 de enero de 2008, el Ministerio Fiscal afirma que los delitos comunes (detenciones ilegales sin dar razón del paradero) son competencia de los juzgados del lugar donde se hubieran cometido los hechos. En cuanto a los crímenes contra la humanidad, no dice de qué órganos judiciales sería competencia la instrucción y el enjuiciamiento cuando se hubieran cometido en territorio español²³. Finalmente, se insta el archivo del procedimiento.
- (ii) en el recurso de apelación de 20 de octubre de 2008, el Ministerio Fiscal declara que la competencia corresponde a los órganos judiciales territoriales de los lugares en los que se hubieran cometido los crímenes (de detención ilegal del artículo 166 del Código Penal). En lo que se refiere a los crímenes contra la humanidad cometidos en territorio español serían competencia del “órgano de la jurisdicción que corresponda de acuerdo con los criterios ordinarios de delimitación” que establezcan las leyes. No obstante, el Ministerio Fiscal no aclara cual sería tal “órgano”²⁴. El Ministerio Fiscal pide se revoque y deje sin efecto el auto de 16 de octubre de 2008 y se “declare la nulidad de pleno derecho del auto recurrido y la incompetencia del órgano judicial”.
- (iii) en el escrito de fecha 21 de octubre de 2008, en virtud del cual se promueve un incidente con el objeto de examinar la competencia del juzgado instructor, el Ministerio Fiscal repite los argumentos utilizados en sus anteriores escritos²⁵.

Así pues, a pesar de que el Ministerio Fiscal no aclara cuáles serían los juzgados y tribunales competentes para instruir y juzgar los hechos delictivos denunciados, sí dice que, de conformidad con las leyes, existen tales órganos jurisdiccionales para conocer²⁶. Es más, la existencia de juzgados y tribunales que tendrían competencia se riñe con la petición de nulidad. Cabe aclarar, que no se está ante un supuesto de conflicto de competencia, pues sólo hay un único juzgado que se considera competente para actuar. Si se declarase la incompetencia del Juzgado Central de Instrucción número 5 tendría que hacerse indicando a favor de la autoridad judicial que se estimase competente, extremo que falta en el presente caso²⁷. No obstante, ésto sería irrelevante teniendo en cuenta que lo que sí postula con claridad meridiana el Ministerio Fiscal es la amnistía de los delitos y la prescripción de la acción penal.

Pareciera que el Ministerio Fiscal no está en realidad discutiendo la competencia, o falta de ella del juzgado instructor, sino la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, es decir, se niega que ningún tribunal español estaría facultado para ejercer la función jurisdiccional. Ello supondría que los graves hechos denunciados quedarían en la más absoluta impunidad, así como

²³ Razonamiento quinto.

²⁴ Considerando octavo.

²⁵ Considerando segundo.

²⁶ Una cosa es afirmar cuáles son las reglas ordinarias de la competencia y otra bien distinta es abogar claramente por ellas, pues, de ser así, el Ministerio Fiscal debería pedir con claridad la inhibición del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional en favor de los respectivos partidos judiciales donde, hasta la fecha, hay datos de que pudiera estar el paradero de algunos desaparecidos.

²⁷ Ver, por ejemplo, auto de 20 de diciembre de 2007 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, declarándose incompetente para juzgar a Ricardo Miguel Cavallo en favor de la autoridad jurisdiccional penal competente de la República de Argentina (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal número 12 de la Capital Federal).

una grave violación de la obligación de defender la legalidad y de los principios de justicia que le corresponde al Ministerio Fiscal.

3.3. De la práctica de diligencias esenciales que no causen a terceros perjuicios irreversibles de difícil reparación

Resulta cuanto menos sorprendente el escrito del Ministerio Fiscal de 7 de noviembre de 2008 y sobre todo que actúe con tanta urgencia por cerrar las vías abiertas por el juez instructor en su auto de 16 de octubre de 2008, acogiéndose en este caso a los siguientes argumentos:

- (i) que a pesar de haberse cuestionado la competencia del Juzgado Central de Instrucción número 5 por la vía del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el juez instructor ha seguido ordenando la práctica de diligencias;
- (ii) que conforme al artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo pueden practicarse aquellas diligencias que sean necesarias para comprobar el delito o de reconocida urgencia; y
- (iii) por tanto, el juez instructor debe limitarse a practicar diligencias esenciales “que no causen a terceros perjuicios irreversibles de difícil reparación”, mientras no se resuelva el incidente de competencia que planteó el 21 de octubre de 2008.

Dichos razonamientos son discutibles e inconsistentes. Amnistía Internacional indica que el Ministerio Fiscal no impugnó o cuestionó las diligencias acordadas por el juez instructor²⁸ ni en su recurso de apelación de 20 de octubre ni en el incidente de competencia de 21 de octubre de 2008, y por ello no solicitó a la Sala que se pronunciara al respecto, revocando o dejando sin efecto dichas diligencias. Es más, tales diligencias se han venido practicando y acordando exhumaciones todo este tiempo -22 días- sin la oposición del Ministerio Fiscal hasta el 7 de noviembre de 2008.

Cabe recordar que al autorizar las exhumaciones el juez instructor no ha actuado de oficio sino a instancia de los denunciadores, al tratarse de peticiones hechas por los familiares de las víctimas en las denuncias presentadas hace casi dos años. Por tanto, el juez instructor no ha hecho otra cosa que dar respuesta a las legítimas pretensiones de las víctimas, actuando de conformidad con lo dispuesto en el auto de 16 de octubre de 2008. Por otro lado, no hay que olvidar que las diligencias ordenadas relativas a las exhumaciones también son medidas necesarias tendentes para la comprobación de los delitos denunciados. Como se ha señalado con anterioridad, el Ministerio Fiscal olvida que los denunciadores, además de solicitar que se adopten medidas para la localización de fosas y la exhumación e identificación de restos, también han pedido que se investiguen los hechos, lo cual está intrínsecamente ligado al esclarecimiento de las circunstancias que rodearon las desapariciones. De tal modo que lo ordenado y actuado por el juez instructor se enmarca precisamente dentro de las diligencias que en virtud del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se pueden practicar.

Tampoco es asumible para Amnistía Internacional que el Ministerio Fiscal argumente perjuicios irreparables a terceros cuando en su escrito de 20 de octubre de 2008, el único punto en el que el Ministerio Fiscal ofrecía su “incondicional colaboración” a las víctimas era precisamente en lo relativo a la localización de fosas y la exhumación e identificación de restos. Tarea que, por otro lado, llevan realizando los familiares de los desaparecidos fuera de todo cauce judicial, mucho antes de la apertura del sumario e incluso, en los últimos años, contando para ello

²⁸ Diligencias como las citadas en los Razonamientos Jurídicos 17º y 18º del auto de 16 de octubre de 2008.

con subvenciones del Estado español²⁹. Es, por todo ello, cuestionable desde el derecho internacional que ahora el Ministerio Fiscal se oponga a la exhumación de los restos. Además, ¿de qué terceros estaríamos hablando? ¿Acaso el Ministerio Fiscal se considera parte perjudicada? Esta alegación es a todas luces injusta e ilegítima precisamente frente a la legitimidad de las víctimas y sus familiares para que se comprueben sin mayores dilaciones los hechos denunciados hace casi dos años.

²⁹ Ver Amnistía Internacional, España *Víctimas de la Guerra Civil y el régimen franquista: el desastre de los archivos, la privatización de la verdad*, marzo de 2006, páginas 12 a 14. En 2005 en virtud de la Orden del Ministerio de la Presidencia PRE/3945/2005 se estableció un régimen de subvenciones para proyectos de investigación, exhumación e identificación de personas desaparecidas realizados por particulares o agrupaciones con interés legítimo. Así respondía el Gobierno español a su obligación de investigar y dar respuesta a los derechos de las víctimas.

4. Crímenes de derecho internacional: desapariciones forzadas de personas y crímenes contra la humanidad, la calificación de los hechos

Dentro de la categoría de crímenes de derecho internacional –ilícitos que conllevan responsabilidad penal individual– se incluyen los crímenes contra la humanidad y la desaparición forzada de personas –asimilada en España al delito de detención ilegal³⁰–. Se trata de crímenes que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y no conciernen sólo a la sociedad en cuyo seno han tenido lugar. La impunidad de tales crímenes además de desafiar el régimen de derecho construido internacionalmente para proteger los derechos humanos y de socavar el imperio de la ley, representa el máximo desprecio por los derechos de las víctimas.

La Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas señala que:

“todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”³¹

Asimismo, la Declaración establece que:

“el derecho a un recurso judicial rápido y eficaz, como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o de individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva, es necesario para prevenir las desapariciones forzadas en toda circunstancia” y que “los Estados asegurarán a toda persona que disponga de la información o tenga un interés legítimo y sostenga que una persona ha sido objeto de desaparición forzada el derecho a denunciar los hechos ante una autoridad estatal competente e independiente, la cual procederá de inmediato a hacer una investigación exhaustiva e imparcial”

En similares términos se expresa la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006³² en la que España es un Estado signatario pero no parte aún.

Así pues, siempre que existan motivos para creer que una persona ha sido objeto de desaparición forzada, se deberá iniciar una investigación judicial y la misma no podrá ser limitada u obstaculizada de manera alguna.³³ Además, la prohibición de desaparición forzada de personas tiene atribuida la jerarquía de norma imperativa de derecho internacional, es decir, constituye una norma de *jus cogens*. La desaparición forzada como crimen contra la humanidad, tendrá el mismo atributo. Los efectos legales que ello implica son, entre otros, la imprescriptibilidad y la prohibición de amnistiar.

³⁰ Artículo 166 del Código Penal. En cuanto a la obligación del Estado español de tipificar correctamente la desaparición forzada de personas como delito o crimen de derecho internacional, ver Amnistía Internacional España *Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad*, 15 de octubre de 2008, Índice EUR 41/017/2008.

³¹ Aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992. Artículo 1.

³² Adoptada el 20 de diciembre de 2006 mediante Res. 61/177, Doc. A/61/488. España es Estado signatario desde el 27 de septiembre de 2007. Ver Preámbulo y artículo 12.

³³ Artículos 9 y 13 de la Convención.

Como hemos adelantado, cuando un delito de desaparición forzada de personas se comete como parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil se calificará como un crimen contra la humanidad³⁴. Los crímenes contra la humanidad son reconocidos como tales por el derecho internacional consuetudinario³⁵. La prohibición de las conductas que integran la categoría de crímenes contra la humanidad está igualmente recogida en declaraciones y otros instrumentos internacionales³⁶.

En el caso de los hechos denunciados ante el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, el juez expresa lo siguiente:

“De momento, y sin perjuicio de que, tras el análisis pormenorizado y evacuados los informes técnicos que procedan, (...) las cifras sean diferentes, el número global de víctimas desaparecidas en el periodo estudiado (17 de julio de 1936 a diciembre de 1951) es de 114.266 personas (...) Como se comprueba, el sistema de desaparición forzada fue utilizado sistemáticamente en aras a imposibilitar o dificultar la identificación de las víctimas y así impedir cualquier acción de la Justicia hasta el día de la fecha. La acción fue coordinada y dirigida por las sucesivas Juntas Militares en tiempo de guerra y los gobiernos sucesivos, al menos en las estructuras estrictamente político-militares y no simplemente técnicas, sin olvidar la acción de estructuras paramilitares como La Falange”³⁷.

Los Estados tienen la **obligación de enjuiciar a las personas responsables de haber cometido crímenes contra la humanidad**, así como de cooperar en la identificación, detención y castigo de las mismas³⁸. La propia Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha declarado que:

“desde los juicios de Nuremberg se ha reconocido en la esfera internacional que existían deberes que incumbían a los individuos en virtud del Derecho internacional y que puede castigarse a los individuos por violar el derecho internacional”³⁹

Incluso el propio Ministerio Fiscal, informando a favor de la competencia de la jurisdicción española en el caso de los campos de concentración nazis en Austria y Alemania, ha afirmado que:

³⁴ Ver Artículo 7(1)(i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Además, siendo el Estatuto de Roma un tratado internacional vinculante para el Estado español, éste tiene la obligación de adecuar su legislación a los preceptos contenidos en aquél.

³⁵ Así, en el informe del Secretario General de la ONU al Consejo de Seguridad relativo al establecimiento del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia (TPIY), que tiene jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad, “[l]a aplicación del principio *nulum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario, de tal modo que no se plantea el problema de que algunos de los Estados pero no todos se hayan adherido a determinadas convenciones” (Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Documento de la ONU S/25704, 3 de mayo de 1993, párrafo 34). Asimismo, “[e]l derecho internacional humanitario convencional que fuera de toda duda ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario” incluye la Carta de Nuremberg (ibid., párrafo 35). Igualmente, Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, de las Naciones Unidas, formulada por la Comisión de Derecho Internacional en 1950.

³⁶ Ver Estatuto del Tribunal de Nuremberg, así como confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg, G.A. Res. 95(I), U.N. GAOR, 1ª Sesión, pt 2 p. 1133, U.N. Doc. A/64/Add.1 (1946). Artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. España suscribió el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 18 de julio de 1998, siendo aprobado el mismo mediante Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. Con carácter previo el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993) y el artículo 3 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994) recogían los crímenes contra la humanidad como una de las conductas prohibidas bajo el derecho internacional.

³⁷ Razonamiento Jurídico 6º.

³⁸ Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 sobre los principios de cooperación internacional para la detención, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (de la que también deriva el carácter consuetudinario).

³⁹ Sentencia núm. 16/2005, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 19 de abril de 2005, FJ 1º (2.2). (Caso *Scilingo*).

“[los crímenes contra la humanidad] es una categoría preexistente en el derecho internacional, de origen consuetudinario, (...) que impone a los Estados una obligación de perseguir y castigar. El desvalor de la conducta de los crímenes contra la humanidad pertenece al derecho internacional consuetudinario en vigor desde hace muchas décadas, con eficacia *erga omnes* aplicable también a España aunque el legislador no lo hubiese desarrollado hasta 2004 (...). El principio de legalidad aplicable a los delitos internacionales, como los crímenes contra la humanidad, no es el interno, sino el internacional (...) El Código Penal (CP) vigente puede aplicarse retroactivamente a conductas anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época aunque no hubieran sido tipificados en el CP español (...) El crimen de lesa humanidad (prohibido por norma de *ius cogens*) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal”⁴⁰

Asimismo, en el caso contra Adolfo Scilingo, el Tribunal Supremo acabó condenando al acusado como autor de delitos de asesinato y detención ilegal en un contexto de crímenes contra la humanidad conforme al derecho internacional. El Tribunal Supremo concluyó que:

“De todos modos, las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la humanidad, incrementando el contenido del injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. (...) nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal, que por sus circunstancias constituyen internacionalmente o constituirían según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la humanidad (...)”⁴¹

Aunque los Tribunales de justicia españoles se muestran con frecuencia reacios a la aplicación directa del derecho internacional, en tanto no se encuentre éste materialmente incorporado al derecho interno⁴², no equivale a afirmar que han puesto en duda el cumplimiento de la obligación de investigar, procesar a los presuntos responsables y, en caso de ser hallados responsables, sancionarlos.

Si la interpretación que se hiciera por los tribunales de justicia españoles concluyera en la imposibilidad de someter a proceso a una persona por una conducta que fuere considerada por el derecho internacional como delito o crimen al tiempo de su comisión, y la misma no se hallara tipificada y penalizada en su Código Penal en aquel momento, tal omisión o defecto no debería constituir un obstáculo para la persecución de tal conducta. Si tal fuera el caso, impidiéndose la realización del proceso, por ejemplo porque la ley española no tipificaba como tal a la conducta al tiempo de su comisión, España contravendría sus obligaciones convencionales bajo el derecho internacional⁴³.

⁴⁰ Ver auto de 17 de julio de 2008 del Juzgado Central de Instrucción número 2, Diligencias Previas 211/09L, que reproduce lo afirmado por el Fiscal, Hechos.

⁴¹ Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ 6º y 7º.

⁴² Se suele acudir al derecho internacional sólo como fuente de interpretación del derecho interno.

⁴³ Ver artículos 15(1) y (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como artículo 7(2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. España es un Estado parte de ambos instrumentos convencionales de derecho internacional (desde el 27 de julio de 1977 y 4 de octubre de 1979, respectivamente) y forman parte del derecho interno español, como normas jerárquicamente superiores.

4.1. El Ministerio Fiscal y la calificación de los hechos

En el auto de 16 de octubre de 2008 el juzgado instructor asumía la competencia para investigar presuntos delitos contra el sistema de Gobierno y Altos Organismos de la Nación en conexión con delitos de desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, torturas, y el exilio forzados, entre otros, constitutivos de crímenes contra la humanidad. Cabe resaltar que el Ministerio Fiscal no se pronuncia sobre los hechos a investigar en las denuncias. Se limita a cuestionar la calificación jurídica que realiza el juez instructor pero no ofrece una alternativa.

Según el instructor, a través de la acción de la insurrección o alzamiento en armas que acabó con el sistema de Gobierno y Altos Organismos, se propició la comisión de los crímenes contra la humanidad. Existiría pues una conexidad entre el delito contra los Altos Organismos de la Nación –conducta incardinada en el Código Penal vigente dentro de los denominados “Delitos contra la Constitución”⁴⁴ y que sería competencia de la Audiencia Nacional⁴⁵– y el delito contra la humanidad que exigiría su conocimiento conjunto en el seno de un mismo procedimiento⁴⁶.

En el escrito de fecha 21 de octubre de 2008, el Ministerio Fiscal plantea la siguiente hipótesis: asumiendo como jurídicamente defendible la calificación del instructor, entonces el órgano jurisdiccional competente para conocer los delitos debería ser el Tribunal Supremo, pues, según la legislación española, le corresponde la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno y otros aforados.⁴⁷ No obstante, como hemos visto con anterioridad, el Ministerio Fiscal en lugar de plantear cuestión de competencia por inhibitoria o declinatoria a favor del Tribunal Supremo, sorprendentemente insta la nulidad del auto del Juzgado de Instrucción diciendo simplemente que carece de competencia objetiva y funcional. Por otro lado, el aforamiento –y la posibilidad de conceder tal cualidad a los miembros de una Junta Militar–, así como la existencia de otros responsables no identificados⁴⁸ serían cuestiones a declarar en el marco del oportuno procedimiento por un tribunal y no *ex ante* como parece sostener el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, por lo que respecta a la calificación concreta de desapariciones forzadas, en los escritos de 20 y 21 de octubre de 2008 el Ministerio Fiscal afirma que no se ha prolongado una situación de detención ilegal pues, conforme al derecho español, se exige siempre “que la persona esté viva y privada de libertad durante todo ese tiempo, lo que no es posible en este caso por ser pública y notoria su muerte”⁴⁹. El Ministerio Fiscal demuestra desconocimiento no sólo de lo que es un delito de desaparición forzada en el derecho internacional sino del propio marco legal

⁴⁴ En particular, como delitos de rebelión (artículos 472 a 484 del Código Penal) y como delitos contra las instituciones del Estado (artículos 492 a 505).

⁴⁵ Artículo 65.1ºa) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴⁶ Cabe recordar que los tribunales españoles han asumido su competencia para investigar y perseguir delitos ordinarios o comunes cometidos en el extranjero, y sobre los cuales no tendría competencia objetiva *ratione materiae* en virtud del artículo 23(4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precisamente por haberse producido en conexión con otros delitos sobre los cuales los tribunales sí tenían jurisdicción basada en el principio de jurisdicción universal. Por ejemplo, el caso de *Adolfo Scilingo* y el caso Guatemala.

⁴⁷ Artículo 102 de la Constitución y artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴⁸ El juez instructor aclara que pueden existir otros responsables no identificados y por tanto que “puedan existir personas concretas vivas que pudieran haber cometido hechos” que deban ser objeto de investigación. Además, puesto que los ex jefes de Estado ya no gozan de inmunidad personal ya sí podrán ser objeto de investigaciones y enjuiciamiento por los delitos de derecho internacional que hubieran cometido durante el desempeño de su cargo. En todo caso, en lo que respecta a graves violaciones de derechos humanos que constituyen delitos de derecho internacional, los Estados deben garantizar que sus tribunales tengan competencia para investigar y juzgar a toda persona responsable de haber cometido tales delitos, sea cual sea el cargo o posición oficial que la persona ostentara en el momento de la comisión del delito o en cualquier otro momento ulterior.

⁴⁹ Considerando 6 y 3, respectivamente.

español. Es, cuanto menos sorprendente este aparente desconocimiento, dado que dicho concepto se ha venido utilizando por la justicia española desde hace diez años en relación con causas seguidas en virtud del principio de jurisdicción universal⁵⁰. La propia sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*, tan citada por el Ministerio Fiscal, no deja lugar a dudas ni sobre la definición y contenido del delito de desaparición forzada, ni de su carácter permanente⁵¹.

Si bien el delito de detención ilegal se enmarca dentro del Código Penal español en el capítulo titulado de los “Delitos contra la libertad”, ello no quiere decir –como parece sostener el Fiscal– que el desaparecido deba estar o aparecer “vivo”. Si no, estaríamos ante un **delito de asesinato que, en todo caso, no sería un delito común sino uno constitutivo de un crimen contra la humanidad**. El Código Penal no configura el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero como uno de presunción de muerte sino como la constatación de la gravedad de un acto consistente en la detención probada de una persona y su –también probada– no puesta en libertad⁵². Por tanto, se trata de un tipo penal específico, perfectamente delimitado que subsiste como delito permanente hasta que no sea hallada la persona desaparecida o sus restos⁵³. En todo caso, la muerte de las personas desaparecidas, tendrá que establecerse en el marco del oportuno proceso penal.

Por otra parte exigir que la persona desaparecida o detenida esté viva supone trasladar sobre los familiares de las víctimas, invirtiendo la carga de la prueba, la dificultad adicional, incluso ilógica e irracional, de tener que aportar unas pruebas que evidentemente no tienen, pues para eso han acudido a la justicia, para poder localizar e identificar a sus seres desaparecidos. Ello sin duda alguna supondría una “*probatio diabolica*”. Lo cierto es que el juez instructor dispone, a día de hoy, de información que establece el número de víctimas desaparecidas en 114.266, cuyos casos deberán ser investigadas, de acuerdo al mandato de la ley.

⁵⁰ Ver al respecto las causas en relación a Chile y Argentina.

⁵¹ Tribunal Supremo, sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ^o 6 y 12.

⁵² La duración de la cual se ignora y de ahí su gravedad, teniendo en cuenta además la situación de garante que adquiere quien realizó la detención ilegal. Así lo establece expresamente la Sentencia número 25 de junio de 1990 del Tribunal Supremo a la que el propio Ministerio Fiscal también alude.

⁵³ La defectuosa definición del tipo penal con relación a las normas internacionales no puede ser óbice para la correcta aplicación del derecho internacional ni motivo para oponerse a que las víctimas puedan tener acceso a, y obtener, justicia.

5. La cuestión de la prescripción de los delitos: ¿Han prescrito estos crímenes?

La desaparición forzada o detención ilegal constituye un concurso de delitos (contra la vida, la libertad, la integridad física y psicológica). Asimismo, la desaparición forzada constituye un delito permanente. Esto es, que se prolonga ininterrumpidamente en el tiempo y no concluye hasta que sea determinado el paradero de las personas desaparecidas o debidamente localizadas o identificados los restos, es decir, mientras no se hayan esclarecido los hechos⁵⁴. Dicha continuidad o prolongación en el tiempo no se predica sólo del desconocimiento del paradero sino también del sufrimiento que padecen los familiares. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha considerado que “el estrés, la angustia y la incertidumbre causados a los familiares de las personas desaparecidas” también violan el artículo 7 –nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes– del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁵.

Así pues, mientras persiste la conducta, subsiste la violación, sin solución de continuidad⁵⁶. Así ha sido definido en distintos instrumentos internacionales y nacionales y así ha sido interpretado por tribunales internacionales y nacionales⁵⁷.

De haber plazos de prescripción, éstos empezaría a computarse/contarse a partir del momento en que hubiera cesado el crimen, es decir, desde que se hubiera esclarecido lo sucedido, se establezca el paradero de las personas desaparecidas o debidamente localizadas o la identificación de los restos. Es más, es un principio general del derecho que mientras las víctimas de violaciones de derechos humanos no cuenten con recursos efectivos para ejercer sus derechos no puede empezar a correr prescripción alguna⁵⁸.

En el año 2002, la Asamblea General de las Naciones Unidas había pedido al Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas seguir examinando la cuestión de la impunidad en relación con las disposiciones relevantes de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. El Grupo de Trabajo acabó formulando en 2005 una observación general sobre una correcta interpretación del artículo 18 de la Declaración.⁵⁹ El Grupo de Trabajo concluyó que las siguientes medidas podrían considerarse contrarias a la Declaración:

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta (Perú), Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Asimismo, artículo 17(1) de la Declaración de la ONU sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

⁵⁵ Entre otros, caso Quinteros c. el Uruguay (107/81), caso Schedko c. Belarús (886/99) y Sankara y otros c. Burkina Faso (1159/03).

⁵⁶ Por eso es incorrecta la tesis del Ministerio Fiscal de que al ser un hecho público y notorio que las víctimas fueron ejecutadas se trataría de delitos de asesinato que ya han prescrito. Este hecho no cambia en absoluto la naturaleza y calificación del delito como un acto de desaparición forzada. La situación ilícita no ha terminado (sigue sin hallarse el paradero de las personas desaparecidas) y cuando cesó la conducta ilícita es una cuestión que deberá esclarecerse/determinarse en sede judicial. En todo caso, no se trataría de un delito común de asesinato sino que se enmarcaría como crimen contra la humanidad, imprescriptible.

⁵⁷ Artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; artículo 8(1) de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake (Guatemala), Excepciones preliminares, sentencia de 2 de julio de 1996, p. 12, y Caso Velásquez Rodríguez (Honduras), Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C No. 4, p. 63. Asimismo, artículo 132 del Código Penal español.

⁵⁸ Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 17(2) de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; artículo 8(2) de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Asimismo, Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad, Artículo 24 (E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1).

⁵⁹ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 62º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005, página 15 y ss.

“a) Disponer prescripciones en breve plazo o aun cuando se siga cometiendo el delito de desaparición, dada la naturaleza permanente del delito, en violación de los artículos 4 y 17 de la Declaración;

b) Disponer cualquier prescripción, dado que la práctica de la desaparición constituye un delito de lesa humanidad; (...)⁶⁰

En lo que respecta a los crímenes contra la humanidad, el derecho internacional prohíbe claramente la imposición de limitaciones temporales a la investigación de tales conductas y el enjuiciamiento de sus responsables. El principio de que los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles ha sido confirmado por instrumentos⁶¹ y tratados internacionales⁶², tribunales nacionales⁶³ e internacionales⁶⁴, así como por el Estatuto de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional⁶⁵.

Cabe citar la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kolk y Kislyiy* contra Estonia en la que el tribunal concluyó que:

“(...) el artículo 7 § 2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg. (...) El tribunal estima que incluso si los actos cometidos por los demandantes podrían haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces, los tribunales estonios sí han concluido en cambio que ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del derecho internacional. (...) Además, el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto. Como la Unión Soviética era un Estado miembro de las

⁶⁰ Párrafo 3º.

⁶¹ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945. Asimismo, ver Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones; y Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Res. 3074 (XXVIII) de la AG de la ONU, de 3 de diciembre de 1973.

⁶² Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (artículo I: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, (...) aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”) A.G. res. 2391 (XXIII), anexo 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) p. 40, U.N. Doc. A/7218 (1968), entrada en vigor 11 de noviembre de 1970. Asimismo, Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, firmada el 25 de enero de 1974 en el Consejo de Europa. Lamentablemente España no es parte en ninguna de estas convenciones.

⁶³ En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el 24 de agosto de 2004 que, al momento de la comisión de los hechos investigados en el caso, ya existía una norma de orden público internacional que condenaba la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad, confirmando así que no existía una violación del principio de legalidad, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento jurídico y fueron reconocidos y previsibles por cualquier ciudadano común. La Corte entendió que no existía violación a los principios de retroactividad y legalidad en la medida que el reproche internacional de los delitos, con vigencia anterior a los hechos imputados, obligaban al Estado a investigar y sancionar a los responsables.

⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Papon contra Francia*, App. No. 54210/00, (15 Nov. 2001), p. 21 (“el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad no puede ser sometido a limitaciones de tiempo”); y caso *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, Sección 4ª, decisión sobre admisibilidad de 17 de enero de 2006.

⁶⁵ El artículo 29 del Estatuto de Roma dispone que “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

Naciones Unidas, no puede alegarse que las autoridades soviéticas desconocían estos principios. (...) Además, tal y como el Tribunal ha expresado más arriba, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a limitación temporal alguna, sea cual fuere la fecha de su comisión”

Dada la condición de crimen de derecho internacional que tanto la desaparición forzada y el crimen contra la humanidad ostentan, así como la jerarquía de *jus cogens* que tiene la prohibición de tales conductas, no hay otra posibilidad conforme al derecho internacional que la de considerar que no hay plazo de prescripción a la obligación de investigar y juzgar a las personas responsables de estos delitos⁶⁶.

El Comité de Derechos Humanos, en el proyecto de observaciones finales al quinto informe periódico de España⁶⁷ –tras más de 12 años respecto del último sometido a examen⁶⁸– toma nota de la decisión de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, y recuerda a las autoridades españolas que “los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles”. El Comité expresa que:

“El Estado parte debe: (...) b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales⁶⁹”

Por otra parte, debe tenerse presente que en la legislación española, la cuestión de la prescripción constituye una forma de extinción de la responsabilidad penal que sólo puede ser declarada mediante una actuación jurisdiccional del juez penal, y no de forma previa como plantea el Ministerio Fiscal. Es decir, que hasta para aplicar la prescripción es necesario un pronunciamiento judicial que exija la apertura de un proceso en el que se concrete la actuación ilícita. Resulta por tanto inconsecuente estar postulando la incompetencia del juez para conocer del proceso e invocar simultáneamente la prescripción, pues es necesario que alguien la declare.

⁶⁶ Las violaciones graves de derechos humanos que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional no prescriben. Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos (Perú), sentencia de 14 de marzo de 2001, par. 41 y artículo IV de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones.

⁶⁷ Hecho público en octubre de 2008.

⁶⁸ El cuarto informe fue examinado en 1996. Los informes periódicos deben presentarse cada cuatro años. Es por ello que el Comité observa con preocupación la ausencia de información sobre las medidas concretas tomadas por España para dar seguimiento a sus dictámenes conforme al Protocolo Facultativo del Pacto que obliga al Estado español a proveer información detallada sobre las medidas concretas que ha tomado para dar seguimiento a sus dictámenes (párrafo 8).

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos, 94º periodo de sesiones, 13 a 31 de octubre de 2008. Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto. Doc. ONU CCPR/C/ESP/CO/5, de 27 de octubre de 2008, párrafo 9.

6. Incompatibilidad de la amnistía con la obligación de juzgar y sancionar. La no aplicación de la Ley de Amnistía

Las amnistías, indultos y otras medidas similares que impiden que los autores de violaciones de los derechos humanos sean llevados ante los tribunales, juzgados y sancionados, son incompatibles con las obligaciones de investigar, así como de garantizar el derecho de toda persona a un recurso efectivo y a ser oída por un tribunal independiente que impone el derecho internacional a los Estados⁷⁰.

Al examinar las amnistías adoptadas por Estados partes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha confirmado reiteradamente esta afirmación. Así, en los casos de Chile, Argentina, Perú, Líbano, Francia, El Salvador, Haití y Uruguay, el Comité de Derechos Humanos ha concluido que tales leyes constituían una violación de la obligación contenida en el artículo 2 del Pacto⁷¹. La Ley de Amnistía de 1977 española no es un caso diferente. El Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación por el mantenimiento en vigor de dicha Ley. Señala a la atención de España su observación general nº 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto y concluye que España debe “considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977⁷²”.

Los tribunales deben cumplir con las obligaciones internacionales del Estado, que en el marco de su competencia les incumbe, es decir, investigar los delitos, hacer comparecer a los presuntos responsables ante la justicia, y en caso de ser hallados responsables imponerles la sanción correspondiente. A su vez deben garantizar los derechos de las víctimas de tales violaciones a la justicia y a un recurso efectivo. Una actuación de un tribunal que contrariase la obligación de investigar sería una denegación de justicia y una violación de las obligaciones internacionales del Estado, comprometiendo la responsabilidad internacional de éste. La aplicación por un tribunal nacional de una ley de amnistía incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y que viola los derechos humanos constituye una contravención de las obligaciones internacionales por parte del Estado. Cabe recordar que los Estados responden unitariamente por los actos de los poderes públicos.

Es importante recordar que los tribunales españoles han considerado de manera reiterada, que las amnistías, así como cualquier otra medida análoga, concedidas por los Estados en cuyos territorios se cometieron los crímenes de derecho internacional, no son vinculantes y por tanto carecen de validez en España⁷³.

Asimismo, la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* establece que los autores o presuntos autores de actos de desaparición

⁷⁰ Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, comentario general no. 20 sobre el artículo 7, 44º período de sesiones, Doc. Oficiales de la Asamblea General (A/47/40), Anexo VI.A.

⁷¹ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Chile Doc. CCPR/C/79/Add.104, párrafo 7, 1999; Argentina Doc. CCPR/CO/70/ARG, párrafo 9, 03/11/2000; Perú Doc. CCPR/C/79/add.67, párrafo 9, 1995, así como CCPR/CO/70/PER, de 2000; Líbano y Francia CCPR/C/79/Add.80, párrafo 13; El Salvador, Doc. CCPR/C/79/Add. 34, párrafo 7; Haití, Doc. A/50/40, párrafos 224-241; Uruguay Doc. CCPR/C/79/Add.19, párrafos 7 y 11 y Add.90, Parte C.

⁷² Doc. ONU CCPR/C/ESP/CO/5, de 27 de octubre de 2008, párrafo 9.

⁷³ Juzgado Central de Instrucción No. 5, auto de 25 de marzo de 1998, FJº 5 (caso dictadura argentina); Juzgado Central de Instrucción No. 6, caso *Pinochet*, auto de 20 de septiembre de 1998, FJº 1; Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, rollo de apelación 173/98, sumario 1/98, auto de 5 de noviembre de 1998 (caso *Pinochet*); Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sumario 19/97, FJº 8, caso *Scilingo*, auto de 4 de noviembre de 1998; Juzgado Central de Instrucción No. 5, auto de procesamiento de *Miguel Cavallo*, de 1 de septiembre de 2000; y auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolutorio de la cuestión de previo pronunciamiento en el juicio oral en el caso *Scilingo*.

forzada no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal⁷⁴. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Barrios Altos consideró que son inadmisibles aquellas disposiciones, tales como las amnistías, que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional⁷⁵. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobaba el 21 de abril de 2005 una resolución sobre la cuestión de la impunidad en la que estimaba que:

“no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, encarece a los Estados que tomen medidas conformes con las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional y acoge con satisfacción la supresión o la anulación de la amnistía y de otras clases de inmunidad o la renuncia a ellas, y reconoce también la conclusión del Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad o por infracciones graves de los derechos humanos”⁷⁶

En esta línea, es de gran importancia la Observación General realizada por el Grupo de Trabajo sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas del artículo 18 de la Declaración, donde se concluyó 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; (...)
- e) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes (...)⁷⁷

En resumen, no cabe invocar ni aplicar la amnistía ni ninguna otra medida de similares efectos a personas responsables de crímenes de derecho internacional, menos aún cuando no se haya celebrado un proceso judicial independiente e imparcial en que se haya dilucidado plenamente la verdad de los hechos y dirimido las responsabilidades penales correspondientes⁷⁸.

⁷⁴ Artículo 18(1) de la Declaración.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001.

⁷⁶ Comisión de Derechos Humanos, 60º periodo de sesiones, Resolución 2005/81, Véase cap. XVII, E/CN.4/2005/L.10/Add.17.

⁷⁷ Grupo de Trabajo, Observación General del artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, párrafo 2.

⁷⁸ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Caso IT-95-17/1, sentencia de 19 de diciembre de 1998, caso Furundzija, párr. 155; Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, caso Moinina Fofana, 25 de mayo de 2004, Caso No. SCSL-2004-14-AR72(E).

6.1. La Ley de Amnistía de 1977

La Ley 46/1977, de 15 de octubre de 1977, de amnistía no sólo es una norma preconstitucional, contraria a las disposiciones de la Constitución⁷⁹, sino que es contraria al derecho internacional convencional vinculante para España en ese momento. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue firmado por España el 28 de septiembre de 1976, ratificado el 27 de abril de 1977 y publicado en el BOE de 30 de abril de 1977. La Ley de Amnistía viola el derecho internacional aunque hubiera sido acordada por autoridades democráticamente elegidas.

La amnistía (como la prescripción) constituye una forma de extinción de la responsabilidad criminal que sólo podía ser aplicada al caso particular por la autoridad judicial (el legislador no tiene esa capacidad). Por ello, si el Ministerio Fiscal pretende que se declaren amnistiados los hechos objeto de las denuncias tendrá que solicitarlo así expresamente en el marco del proceso. Así lo establece la propia Ley de Amnistía en su artículo noveno:

“La aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales correspondientes, quienes adoptarán, de acuerdo con las leyes procesales en vigor y con carácter de urgencia, las decisiones pertinentes (...)”

Para solicitarla, el Ministerio Fiscal deberá razonar que los actos –delitos o crímenes– tenían “intencionalidad política”⁸⁰, atribuir la responsabilidad de los mismos a personas concretas e identificadas –extremo que pretende asimismo esclarecer el juez instructor durante la investigación– y sostener que se declare extinguida esa responsabilidad penal por la Ley de Amnistía. Se trata de cuestiones de fondo que requieren el marco de un procedimiento y un pronunciamiento judicial.

La Ley de Amnistía, al describir los actos amnistiados asumió la existencia de limitaciones en razón de la naturaleza de los delitos. Así, en su artículo primero, letra c), la Ley admite como actos susceptibles de amnistía aquellos realizados hasta el 6 de octubre de 1977, “siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”. Tal exclusión refleja el reconocimiento de que hay actos que no se pueden cubrir con impunidad.

No obstante, el derecho internacional niega o prohíbe expresamente que crímenes de derecho internacional puedan ser considerados como delitos políticos o conexos con ellos llámese, por ejemplo, “actos de intencionalidad política”.⁸¹ La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en la España es Estado signatario, señala con claridad que:

“A efectos de extradición entre Estados Partes, el delito de desaparición forzada no será considerado delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos. En consecuencia, una solicitud de extradición fundada en un delito de este tipo no podrá ser rechazada por este único motivo”⁸²

⁷⁹ La Constitución española impide la concesión de indultos generales (artículo 62, apartado (i)). En coherencia a este precepto, el Código Penal ha suprimido la amnistía como forma de extinción de la responsabilidad penal (artículo 130).

⁸⁰ Artículo primero.

⁸¹ Así lo establece, por ejemplo, el artículo VII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

⁸² Artículo 13(1) de la Convención.

Según el principio *pacta sunt servanda*, los Estados deben ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales que dimanen de ellos. Este principio general del derecho internacional tiene como corolario que las autoridades de un Estado no pueden argumentar obstáculos de derecho interno para sustraerse a sus compromisos internacionales.⁸³ De hacerlo, y violar derechos protegidos por un tratado internacional y/u obligaciones que éste impone, el Estado compromete su responsabilidad internacional.

⁸³ Artículo 26 en relación con el 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Asimismo, Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988, obligation d'arbitrage; sentencia de 28 de noviembre de 1958, application de la convention de 1909 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas/Suède); sentencia de 6 de abril de 1955 (Lichtenstein/Guatemala). Laudo Arbitral S.A Bunch, Montijo (Colombia/Estados Unidos de América), 26 de julio de 1875.

7. La falta de adecuación de la “Ley de Memoria Histórica” a los estándares internacionales en materia de desapariciones y exhumaciones

El Ministerio Fiscal en su recurso de apelación de fecha 20 octubre de 2008, viene a sostener que las pretensiones de verdad, reconocimiento y reparación de las víctimas deberán encontrar únicamente su satisfacción a través de los mecanismos establecidos por la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura (la denominada “Ley de Memoria Histórica”). No obstante, las disposiciones de dicha ley contravienen el derecho a la verdad,⁸⁴ en lo que respecta a la localización e identificación de las víctimas de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales pues la ley precisamente limita las obligaciones del Estado español. Así, el Estado ignora su responsabilidad y se sitúa como mero facilitador de las gestiones de las familias de las víctimas en la búsqueda de los restos mortales (mediante la autorización de subvenciones), elaborando mapas y regulando la eventual ocupación temporal de los terrenos.

La “Ley de Memoria Histórica” aleja las labores de investigación necesarias para la localización de fosas, exhumación e identificación de restos, del contexto judicial en el que deberían enmarcarse de conformidad con el derecho internacional. La “Ley de Memoria Histórica”, al igual que la postura mantenida por el Ministerio Fiscal, desconoce que dichas tareas no pueden ser acometidas de cualquier manera. Se requiere de un Protocolo de exhumación, identificación e inhumación de los cadáveres, preservando de forma estricta la cadena de custodia de los restos humanos y de otros elementos como pruebas judiciales que son. Por ello será en el transcurso de la investigación judicial donde se establecerán las circunstancias en que se cometieron los delitos, y el lugar idóneo e insustituible donde proceder a la localización de fosas y exhumación de restos de las personas desaparecidas y/o ejecutadas.

Así se ha pronunciado recientemente el Comité de Derechos Humanos. Si bien acoge con satisfacción la “Ley de Memoria Histórica” y prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, observa con preocupación:

“las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas.

El Estado parte debe: (...) c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura, y d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas⁸⁵”.

Por otro lado, como hemos indicado al comienzo de este documento, la propia Disposición adicional segunda de la “Ley de Memoria Histórica” afirma claramente que:

“las previsiones contenidas en la presente Ley son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España”.

⁸⁴ Ver Amnistía Internacional. *Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: No hay Derecho. Preocupaciones sobre el Proyecto de Ley de “Derechos de las Víctimas de la Guerra Civil y del franquismo”*, noviembre de 2006.

⁸⁵ Doc. ONU CCPR/C/ESP/CO/5, de 27 de octubre de 2008, párrafo 9.

El Ministerio Fiscal afirma que en las tareas de localización, identificación, exhumación y entrega de los restos mortales, las víctimas “contarán siempre con la incondicional colaboración del Ministerio Fiscal”. Sin embargo, lo cierto es que el defensor de la legalidad y de los principios de justicia según la Constitución española ni ha impulsado, ni está impulsando acción alguna tendente a la investigación de los hechos y circunstancias relativas a las desapariciones, como tampoco en orden a la localización de fosas y exhumación de restos ni incluso respecto de fosas ya ubicadas por los familiares de las víctimas.

Es precisamente a raíz de las actuaciones llevadas a cabo por el juez instructor cuando existen indicios razonables para presumir que las víctimas fueron objeto de detenciones ilegales o desapariciones forzadas en el marco de un plan sistemático y generalizado que podría revestir los caracteres de un crimen contra la humanidad. La acción judicial que el juez instructor está llevando va destinada justamente a cumplir con la obligación internacional de justicia, verdad y reparación.

8. Derecho de las víctimas a recursos efectivos para hacer valer sus derechos a verdad, justicia y reparación

En 2005, la Comisión de Derechos Humanos aprobaba los Principios y directrices básico sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparación.⁸⁶ Tales Principios se aplican, tal y como indica su nombre, a violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, “que por su carácter muy grave constituyen una afrenta a la dignidad humana”.⁸⁷

Asimismo, dichos Principios y directrices no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacional o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Tal y como recuerdan los Principios, el derecho internacional contiene la obligación de enjuiciar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales conforme a las obligaciones internacionales de los Estados. Además, al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y estado de derecho.

Los mecanismos Internacionales más relevantes en la materia de desapariciones forzadas se han pronunciado recientemente en los siguientes términos:

“En cuanto al derecho de las víctimas y sus familiares a la verdad, la justicia y la reparación, el Grupo de Trabajo concluye que la Ley de amnistía general para la consolidación de la paz de 1993 se aparta claramente de los principios de la Declaración, particularmente de su artículo 18, tal y como ha sido interpretado por el Grupo de Trabajo en una de sus observaciones generales.(...)”

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

España no puede desmarcarse de esta tendencia –que hasta ahora ha venido respetando ejerciendo la jurisdicción universal frente a crímenes de la misma naturaleza cometidos en otros países- si lo hiciera correría el riesgo de presentarse ante la comunidad internacional como un Estado infractor de obligaciones internacionales que no contribuye al régimen de derecho.

⁸⁶ Doc. ONU E/CN.4/2005/L.10/Add.11.

⁸⁷ Preámbulo de los Principios y directrices básico sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparación .

⁸⁸ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a El Salvador, Doc. A/HRC/7/2/add.2, de 26 de octubre de 2007, párrafos 83 y 86.