

La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la guerra civil y el franquismo²⁰⁵

Lydia Vicente,
Miembro del Grupo de Trabajo sobre Justicia Internacional
del Secretariado Internacional de Amnistía Internacional

Rezumat:

Disparația forțată constituie o crimă împotriva umanității și o încălcare a normelor de *jus cogens*, având corelativ obligația pozitivă a statelor de a identifica și sancționa persoanele responsabile pentru astfel de fapte, precum și obligația de a acorda reparație victimelor.

În calitate de stat parte la diverse convenții internaționale pentru apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, Spania a adoptat Legea Amintirii Istorice pentru a spijini victimele care au fost supuse persecuției sau violenței în timpul Războiului Civil sau al Dictaturii, fără însă a califica disparația forțată ca o crimă împotriva umanității și fără a stabili un sistem de identificare și localizare a victimelor care nu mai sunt în viață.

Un aspect al obligației statelor de a identifica și sancționa persoanele care au comis crime de disparație forțată îl reprezintă imposibilitatea de a adopta legi de amnistie, imprescriptibilitatea acestor infracțiuni fiind o normă imperativă de la care statele nu pot deroga nici măcar în virtutea unei politici penale proprii.

Abstract:

The enforced disappearance represents a crime against humanity and a violation of the *jus cogens* rules of law, which has the correlative positive obligation of the State to identify and punish the persons responsible for this kind of actions, as well as the obligation to afford redress to the victims.

As party to different international conventions on the protection of human rights and fundamental freedoms, Spain has passed the Law of Historical Memory in order to support the victims of persecution and violence during the Civil War and the Franco regime, but without qualifying enforced disappearance as a crime against humanity and also without setting forth a system destined to identify and locate the victims that are no longer alive.

²⁰⁵ Intervenção no *Coloquio internacional sobre la Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?*, organizado por MEDEL (www.medelnet.org), Jpd (www.juecesdemocracia.es), Upf (www.upfiscales.com), Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación (<http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/>

AMJ/home.htm) e Fundação Antonio Carretero (www.juecesdemocracia.es/fundacion/objetoAC.htm), cujas sessões tiveram lugar entre os dias 27 e 29 de Março de 2009, em Madrid, Espanha.

One aspect of the state's obligation to identify and sanction the persons who performed enforced disappearances consists of the inability to pass amnesty laws due to the fact that the imprescriptibility of these crime is a peremptory norm from which the state cannot derogate even by applying its national criminal policy.

Keywords: enforced disappearance, crimes against humanity, state obligations, imprescriptibility, amnesty law

1. Introducción

Los derechos de las víctimas de graves violaciones o abusos, entre ellos los que constituyen crímenes de derecho internacional por su especial atrocidad, son objeto principal de la acción de Amnistía Internacional. Desde que en noviembre de 2002 se aprobara una proposición no de Ley en el Congreso para abordar el reconocimiento de las víctimas de la Guerra Civil y del régimen franquista, la organización ha integrado la cuestión de los derechos de estas víctimas dentro de sus preocupaciones principales sobre España.

España, el país con mayor número de casos de desapariciones forzadas denunciadas ante sus tribunales, no sólo no ha sido ni es un modelo a seguir en el tratamiento de los crímenes del pasado y de sus víctimas, sino que se encuentra aislada en la experiencia mundial

precisamente por su forma de dar la espalda a su obligación de investigar crímenes de derecho internacional y por alejar del ámbito judicial las labores de localización de fosas, exhumación e identificación de restos.

Desde Nuremberg, pasando por países de democracia más tardía - incluso que la española - en Asia, América Latina y África se han establecido suertes de mecanismos para contribuir al esclarecimiento de la verdad respecto de crímenes contra el derecho internacional, de tal manera que, con todas sus limitaciones, tuvieron al menos verdad oficial de lo que ocurrió²⁰⁶ y sus autores se han visto ante procesos penales en jurisdicción nacional, internacional (tribunales penales *ad hoc*) o sobre la base de la jurisdicción universal. Cabe destacar que estos mecanismos oficiales, temporales y no judiciales son suple-

²⁰⁶ Entre 1974 y 2007, al menos 33 comisiones de la verdad fueron establecidas en 28 países. Los dos ejemplos paradigmáticos en los que no ha ocurrido prácticamente nada son la Unión Soviética y España. Ver Amnistía Internacional, *Verdad, justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. 11 de junio 2007, Índice AI POL 30/009/2007. Mediante el reconocimiento oficial de que un patrón de violaciones de derechos humanos ocurrió en el pasado y al tomar medidas para investigar los hechos y sacar a la luz la verdad, los Estados proveen a las víctimas de una inicial forma de satisfacción (reparación). Ver asimismo, Amnistía Internacional. *Propuestas ampliadas de enmiendas al Proyecto de Ley 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 con relación al derecho a la verdad y el derecho a la justicia*. Otoño 2007. Las comisiones de verdad se han definido como "órganos oficiales, temporales

y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años" (*Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, adición al Informe de Diane Orentlicher, *Conjunto de Principios para la Lucha contra la Impunidad*, Doc. E/CN.4/2005/102/Add 1, 8 febrero 2005). Las comisiones de la verdad se ocupan en particular de las víctimas y tienen como misión investigar hechos y divulgarlos públicamente –en especial aquellos que habían estado ocultos o tergiversado – y concluyen su labor con un informe final en el que se recogen conclusiones de hecho y recomendaciones (Informe del Secretario General de Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Doc. ONU S/2004/616, de 23 de agosto de 2004).

mentarios y no sustituyen en absoluto a las instancias de justicia ni, por tanto, a la obligación indelegable del Estado de investigar las violaciones cometidas en su jurisdicción, identificar a sus responsables y sancionarlos²⁰⁷. Además, el propio funcionamiento o establecimiento de un mecanismo de este tipo es, en sí mismo, una forma de reparación.

En España, como dejó señalado el auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, los crímenes del pasado “nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla”.

2. Deberes de los Estados bajo el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos

La responsabilidad de los Estados bajo el Derecho Internacional de los derechos humanos comprende tres tipos de deberes: el de respetarlos, el de protegerlos, y el de hacerlos realidad²⁰⁸. Por tanto, respetar, proteger y hacer

realidad todos los derechos humanos no es un lujo sino una obligación internacional que los Estados deben cumplir en todo momento en virtud de leyes nacionales, regionales e internacionales.

El deber de respetar les impone la obligación de abstenerse de violar, limitar²⁰⁹ e interferir en el ejercicio de los derechos humanos debiendo asimismo asegurar, mediante las medidas necesarias, el disfrute de los mismos.

En segundo lugar, existe una clara obligación de los Estados de prevenir y castigar cualquier abuso que impida el pleno ejercicio de los derechos humanos²¹⁰. Este deber internacional tiene su asidero jurídico tanto en el derecho internacional consuetudinario como en el derecho internacional convencional²¹¹. El deber de protección o garantía está, a su vez, integrado por cinco obligaciones internacionales esenciales, interdependientes y complementarias que el Estado debe honrar sin que tenga la posibilidad de elegir cuál de estas obligaciones ha de

²⁰⁷ Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe nº 136/99, caso 10.488 (*El Salvador*), 22 de diciembre de 1999, párrs. 229-230.

²⁰⁸ Ver observación general 31 sobre el artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 29 de marzo de 2004, doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 8.

²⁰⁹ Toda limitación, restricción o suspensión de derechos debe cumplir con una serie de requisitos que marca el derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Ver por ejemplo, artículo 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, *Principios de Siracusa*, observación general 31 del Comité de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso *Klass and other vs. Federal Republic of Germany*, Series A., no. 28, 1979-80, 2 EHRR 214, sentencia de 6 de septiembre de 1978, párrs. 42, 44, 46 y 49 y Caso *Silver and others vs UK*, Series A., no. 61, párr. 97, sentencia de 25 de marzo de 1983) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (informe anual 1996, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 95º período

de sesiones, párrs 57 y 59).

²¹⁰ El deber de proteger los derechos humanos impone a los Estados desarrollar medidas legislativas y de otra índole con tal fin. Entre otras obligaciones, comprende, por ejemplo, definir en la legislación penal interna como ofensa punible aquellos actos o conductas que el derecho internacional reclama como tales, así como remover los obstáculos que impidan la persecución efectiva de tales conductas.

²¹¹ Ver, entre otros, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la mujer*, *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* y *Principios Relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*.

cumplir²¹². Así, se trata de las obligaciones de:

(a) *investigar*. El deber de investigar no puede ser acometido de cualquier manera; supone que los Estados tienen la obligación de llevar a cabo todas las actividades necesarias para esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodearon e identificar a los autores. Se trata de una obligación jurídica, lo que significa que las investigaciones deben ser emprendidas de oficio por las autoridades, independientemente de que medie denuncia formal. Asimismo, para que no se comprometa la responsabilidad del Estado, éste deberá adecuar su legislación interna para asegurar la realización efectiva de investigaciones prontas, exhaustivas, independientes e imparciales²¹³; y

(b) *llevar ante la justicia y sancionar a los responsables*. Esta obligación comprende el necesario ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado²¹⁴; y

(c) *brindar un recurso efectivo a las víctimas de violaciones de derechos humanos*. El derecho a contar con un recurso idóneo y eficaz para alcanzar el objetivo de hacer cesar la vulneración del derecho y corregir o remediar las consecuencias, es un derecho inderogable. Para el derecho internacional, este derecho incluye: la investigación sin demora, de forma efectiva, independiente e imparcial así como el acceso a justicia (es decir, emprender acciones judiciales en el caso de que se reúnan suficientes pruebas admisibles); el acceso a información objetiva sobre la violación cometida (para esclarecer las causas, hechos y circunstancias en que se produjeron tales violaciones, incluida la identidad de los perpetradores); y la reparación del daño sufrido. Por eso, en el caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos - aquellas que constituyen crímenes de

²¹² Ver Juan Méndez, "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos" en La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, CELS, compiladores Martín Abregú – Christian Courtis, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1997, pág. 526. Asimismo, 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 2005. Ver Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add. 1, del 8 de febrero de 2005) y Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (aprobados por Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas del 19 de abril de 2005, Doc. E/CN.4/2005/L.10/Add.11).

²¹³ Ver *Comité de Derechos Humanos*, decisión de 19 de julio de 1994, Comunicación n° 322/1988, Caso *Hugo Rodríguez* (Uruguay), Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, párr.12(3); decisión de 13 de

noviembre de 1995, Comunicación n° 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista* (Colombia), párr. 8(2) y (6), Doc. CCPR/C/55/D/563/1993, Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación n° 612/1995, Caso *José Vicente Villafaña Chaparro y otros* (Colombia), párrs. 8(2) y (8), doc. CCPR/C/60/D/612/1995.

²¹⁴ Por ejemplo, la *Asamblea General de Naciones Unidas* ha recordado en reiteradamente la obligación internacional de procesar judicialmente y de castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos (ver, por ejemplo, Resolución 49/193, de 23 de diciembre de 1994; resolución 51/94, de 12 de diciembre de 1996; resolución 53/150, de 9 de diciembre de 1998; resolución 55/111, de 4 de diciembre de 2001). El *Comité contra la Tortura* ha recordado igualmente que la obligación de castigar a los responsables de actos de tortura era ya exigible antes de la entrada en vigor de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* toda vez que "existía una norma general de derecho internacional que obliga a los Estados a tomar medidas eficaces (...) para castigar su práctica" (Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina), de 23 de noviembre de 1989, párr. 7(2), Doc. A/45/44, 1990).

derecho internacional - los recursos deben ser esencialmente judiciales²¹⁵; y

(d) *brindar justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares*. Este derecho se considera una norma de derecho internacional consuetudinario, al que ha seguido un proceso de desarrollo convencional. La reparación ha de ser adecuada, efectiva, rápida y lo más completa posible lo que implica – necesariamente – un vínculo con aspectos del derecho a justicia. Así, no habrá mejor reparación para las víctimas y sus familiares que el esclarecimiento de la verdad sobre las violaciones ocurridas y el enjuiciamiento de los responsables²¹⁶; y

(e) *establecer la verdad de los hechos*. El derecho a la verdad – tanto individual como colectiva – es un derecho inalienable, inderogable y no sujeto a limitaciones. La realización del derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a conocer la verdad

exige necesariamente la existencia de un proceso judicial. Obtener la verdad sobre los crímenes es vital para que las víctimas conozcan qué ocurrió, las razones que los motivaron y quienes fueron partícipes. Es la única forma para que los familiares de las víctimas directas averigüen qué les ocurrió a sus seres queridos y conocer su paradero. Es igualmente importante para que la sociedad afectada conozca las circunstancias y razones que llevaron en el pasado a la perpetración de violaciones de derechos humanos y que ello sirva para impedir su repetición así como para preservar la experiencia o memoria colectiva²¹⁷.

Pero las obligaciones no terminan aquí. En tercer lugar, los Estados tienen también obligaciones de promover y hacer cumplir todos los derechos humanos, tomando medidas positivas – inmediatas y progresivas – para asegurar que todas las personas gocen de tales derechos.

²¹⁵ Ver *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 2.3, la naturaleza del recurso está en función tanto de la naturaleza del derecho violado como del carácter efectivo del recurso), *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes* (artículo 14), *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 8.1) Decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 2000, *Comité de Derechos Humanos*, Comunicación n° 778/1997, *Caso Coronel et al* (Colombia), Doc. CCPR/C/70/D/778/1997, párr. 6(4). Asimismo, *Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las Naciones Unidas*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/8, párr. 5(5); y *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones*, op. cit., párrs. 11 a 14.

²¹⁶ Ver artículo 3 del Convenio IV de la Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la Guerra Terrestre, artículo 91 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes, artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Asimismo, ver Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas (...), op. cit.; Relator especial sobre Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, doc. ONU E/CN.4/1994/7, párrafos 688 y 711 (“el reconocimiento del derecho de las víctimas o de sus familiares a recibir una reparación adecuada equivale a reconocer la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos, y es expresión de respeto hacia el ser humano (...)”); y Comité de Derechos Humanos, Observación general n° 20 (44) sobre el artículo 7, 44ª período de sesiones, Doc. A/47/40, anexo VI.A.

²¹⁷ Ver, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Study on the Right to the Truth”, Doc. E/CN.4/2006/91, de 8 de febrero de 2006. Asimismo, Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/66, Right to the Truth, 20 de abril de 2005.

3. La insuficiencia de la “Ley de Memoria Histórica” a la luz del derecho internacional en materia de verdad, justicia y reparación

Amnistía Internacional ha reiterado su preocupación por la falta de recursos judiciales efectivos para determinar el paradero de las víctimas de desapariciones forzadas en España, así como la falta de voluntad de las autoridades españolas para investigar y proporcionar una respuesta adecuada y eficaz a las víctimas y sus familiares en línea con la normativa internacional²¹⁸.

Tanto el Ministerio Fiscal (en su recurso de apelación de 20 de octubre de 2008 contra el auto de 16 de octubre)²¹⁹, como la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su auto de 4 de diciembre de 2008²²⁰ han venido a determinar que los legítimos derechos de las víctimas encontrarían satisfacción únicamente a través del cauce de 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 (denominada “Ley de Memoria Histórica”)²²¹.

Sin embargo, dicha ley finalmente aprobada, aunque incluyó mejoras durante su tramitación sigue estando muy lejos de asumir las responsabilidades del Estado en materia de verdad, justicia y reparación tal y como exige el derecho internacional²²². Así, la ley no reconoce el crimen de desaparición forzada ni otras violaciones de los derechos humanos, pero se refiere al hecho de que las víctimas “padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas o de pertenencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura”²²³, sin considerar tal, expresamente, como una violación de los derechos humanos.

Por otro lado, a pesar de que la Fiscalía ha venido a argumentar que la “Ley de Memoria Histórica” no permite investigaciones judiciales porque ya facilita medidas adecuadas y suficientes

²¹⁸ Ver Amnistía Internacional. España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo. Noviembre 2008. Asimismo, tales preocupaciones fueron expuestas por Amnistía Internacional ante el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en una comparecencia el 27 de noviembre de 2008.

²¹⁹ Ver consideración 3º (“Esa excepcional previsión normativa contemplada en la Ley de Memoria Histórica se justifica evidentemente por la inviabilidad de acudir a la jurisdicción penal a tales fines (...). Y debe recordarse que únicamente desde el respeto a la legalidad vigente se puede articular en el Estado de Derecho la protección y defensa de los derechos de las víctimas, las cuales van a ver satisfechas sus pretensiones de verdad, reconocimiento y reparación a través de los procedimientos y medidas que establece la Ley de Memoria Histórica”).

²²⁰ RJ 0 (“Esta resolución no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la guerra civil –todas- y

la dictadura del general Franco de recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarlos y honrar su memoria, reconocidos en la legislación vigente, entre otras en la llamada ley para la recuperación de la memoria histórica, Ley 52/2007, de 26 de diciembre”).

²²¹ No obstante, cabe recordar que las asociaciones de víctimas denunciante no han acudido al poder judicial sólo en reclamo de recuperar los restos de sus muertos, sino solicitando igualmente que se instruyera el oportuno proceso judicial por parte de los tribunales españoles para la averiguación y punición de los hechos delictivos y determinación de responsabilidades penales.

²²² Para un análisis completo del proyecto de ley, 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 Franquismo”, noviembre 2006.

²²³ Artículo 1 (“Objeto de la ley”). Haber sido víctima de tal persecución o violencia les supone a las víctimas un reconocimiento “moral” (artículo 4 “Declaración de reparación y reconocimiento personal”).

La lucha contra la impunidad es un ámbito delicado y de gran resistencia por parte de Estados que apelan al olvido como forma de reconciliación. No hay reconciliación sin verdad, justicia y reparación los tres pilares sobre los que asentar el Estado de Derecho, incompatible con la impunidad.

a favor de las víctimas, lo cierto es que la propia ley no sólo no impide tales actuaciones sino que, por el contrario, prevé expresamente en su Disposición Adicional 2º que “es compatible 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”²²⁴. Amnistía Internacional abogó por esta previsión logrando que el legislador la integrara, más aún cuando las medidas administrativas establecidas en la ley ni encajaban ni agotaban las obligaciones internacionales del Estado español en materia de verdad, justicia y reparación. Puesto que la ley, obviamente, no puede ocupar – ni suplir - el lugar de una investigación penal – que solo es posible

en el marco de un proceso judicial penal - cabe concluir que ésta compatibiliza su campo de aplicación con las actuaciones judiciales en el ámbito de la jurisdicción penal (u otra). De no ser así, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que existen evidencias razonables de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes de derecho internacional²²⁵.

La ley asimismo reconoce la “ilegitimidad” de determinados tribunales “por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo” así como de ciertas condenas y sanciones “por vicios de forma y fondo” dictadas por motivos ideológicos, políticos o creencias religiosas²²⁶, que, según el derecho internacional carecen de valor jurídico. El derecho internacional se asienta sobre la base de la necesidad de garantizar un recurso idóneo y eficaz para la obtención – en sede jurisdiccional - de la nulidad de tales sentencias de forma que se pueda remediar el abuso cometido contra los derechos humanos²²⁷.

En lo que respecta al derecho a verdad, aunque se incorpora la condena del franquismo, la ley no asume la principal recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de

²²⁴ 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). Así, el artículo 9 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992 señala 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 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”.

²²⁵ Cuando una persona afirma de manera defendible ser víctima de una violación grave de

derechos humanos, los Estados deben poner en marcha una “investigación oficial efectiva” para “poder llevar a la identificación y el castigo de los responsables”. Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Assenov contra Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998, párr. 102 y Caso *Kaya contra Turquía*, sentencia de 19 de febrero de 1998, párr. 107.

²²⁶ Artículo 3 (“Declaración de ilegitimidad”).

²²⁷ Ver Amnistía Internacional, *Propuestas ampliadas de enmiendas al Proyecto de Ley (...)*, op. cit. Amnistía Internacional también ha puesto de manifiesto que la privación del derecho a interponer recursos – de forma prolongada en el tiempo supone una segunda vulneración de derechos internacionalmente reconocidos.

poner en marcha “una comisión nacional de investigación sobre las violaciones de derechos humanos cometidas bajo el régimen franquista” para conseguir “la verdad sobre la represión”²²⁸.

La ley contraviene igualmente el derecho a la verdad al negar cualquier responsabilidad del Estado en lo relativo a la clarificación del paradero, localización de fosas e identificación de los restos de las víctimas de desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales pues sitúa a aquel como mero “facilitador” de las gestiones de las familias de las víctimas, ahondando en la tendencia hacia la “privatización” de tareas que no pueden ser acometidas de cualquier manera²²⁹. No sólo aleja la ley dichas labores del contexto judicial como la legalidad internacional exige sino que,

además, se constatan claras deficiencias en lo que se refiere a la formación de un adecuado protocolo de exhumaciones, identificación de los cadáveres, preservación de la cadena de custodia de los restos humanos y de otros elementos de prueba que pudieran ser necesarios en el ámbito de la jurisdicción penal de modo que se garantice su compatibilidad con la obligación de investigar judicialmente²³⁰. Con este enfoque, España ofrece un pésimo precedente para otros países.

Asimismo cabe recordar que España lleva años sin proporcionar información alguna al *Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias* respecto de los casos denunciados por las víctimas²³¹. El Grupo de Trabajo concluyó su sesión 87° el 13

²²⁸ Ver Consejo de Europa, “*Need for international condemnation of the Franco regime*”, Doc. 10078, Ref 2926, de 2 de marzo de 2004, adoptada por unanimidad el 4 de octubre de 2005, párr. 51.

²²⁹ Los artículos 11 a 14 regulan la concesión de autorizaciones de subvenciones, la elaboración de mapas y la eventual ocupación temporal de los terrenos. Asimismo, cabe tener en cuenta el reciente rechazo por parte del Senado el 11 de marzo de 2009 a la proposición de ley de modificación de la ley 52 2/2007, 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 para que fuera el Gobierno el que asumiera las tareas de localización, exhumación, e identificación de restos, en lugar de “colaborar” o “facilitar” estas labores como establece dicha ley.

²³⁰ Ver Amaya Olivas Díaz, La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista. *Jueces para la Democracia*, n° 63, 2008, páginas 86-102. El borrador del Protocolo de Actuación en Exhumaciones de fecha 28 de noviembre de 2008 fue enviado por el Ministerio de la Presidencia a diferentes asociaciones de víctimas y familiares con el objeto de que se formularan las observaciones y recomendaciones que éstas entendieran pertinentes y necesarias.

²³¹ El mandato fundamental del Grupo de Trabajo es ayudar a los familiares de las personas desaparecidas a averiguar la suerte y el paradero

de dichas personas. El Grupo de Trabajo transmite los distintos casos a los gobiernos de que se trate, pidiéndoles que realicen indagaciones y que le informen sobre sus resultados. Con la adopción en 1992 por la Asamblea General de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, el Grupo de Trabajo tiene la tarea de seguir el progreso de los Estados en cumplir con sus obligaciones derivadas de la Declaración así como para que proporcione a los Gobiernos asistencia en su implementación. El Grupo de Trabajo llama la atención a los Gobiernos sobre diferentes aspectos de la Declaración y hace recomendaciones sobre cómo superar los obstáculos para el cumplimiento de sus disposiciones. En su informe a la entonces Comisión de Derechos Humanos (62° período de sesiones, Doc. E/CN.4/2006/56), el Grupo de Trabajo ya declaraba que “el Grupo de Trabajo ha transmitido a la Administración tres casos, ninguno de los cuales ha sido resuelto en su seno”. En su informe de 2006 (que abarcaba el período de noviembre de 2005 a noviembre de 2006), el Grupo de Trabajo afirmó que el Gobierno español había respondido acusando recibo de la carta anual de recordatorio del Presidente-Relator del Grupo de Trabajo y que su contenido se había transmitido a las autoridades españolas competentes, y que esperaba poder facilitar al Grupo de Trabajo la información solicitada pronto (Doc HRC/4/41, pág. 80). En su informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos el 6 de febrero de 2009, el Grupo de Trabajo ha vuelto a resaltar que ninguna respuesta se ha obtenido del Gobierno (Doc. A/HRC/10/9, pág. 66).

de marzo de 2009 y ha transmitido al Consejo de Derechos Humanos 5 principales áreas de preocupación, tal y como subraya en su informe anual: que las medidas adoptadas por los Estados Miembros para luchar contra el terrorismo pueden estar relacionadas, e incluso ser equivalentes a desapariciones forzadas; que muy pocos Estados han tomado medidas concretas en su legislación penal doméstica para definir las desapariciones forzadas como un delito autónomo y adecuar la legislación vigente a las previsiones de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; que en demasiados países, las personas que tienen derecho a denunciar casos de desapariciones forzadas ante una autoridad independiente y competente todavía no han logrado que sus denuncias sean investigadas sin dilación y de forma imparcial y exhaustiva; que la cuestión de las desapariciones forzadas tiene una especial resonancia en relación con las mujeres y que el derecho a la verdad debería ser disfrutado por todas las víctimas de desapariciones forzadas²³².

En lo que respecta al derecho a la reparación, la ley regula un “derecho” a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal – y meramente “moral” – a los que padecieron los efectos de las resoluciones “ilegítimas” e “injustas”. Pero esto, al carecer de valor jurídico

como hemos dicho antes, no satisface las exigencias del derecho internacional. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, debe “ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido (...)” y, los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones²³³.

El Estado español mantiene hasta la fecha una distinción arbitraria dentro del principio de igualdad en dignidad y derechos de las víctimas, y ha prolongado la injusticia respecto de aquellas víctimas y sus familias que fueron privadas de recursos efectivos. Cabe recordar que el Plan de Derechos Humanos aprobado en diciembre de 2008 por el Consejo de Ministros contempla medidas de desarrollo de la Ley de Memoria Histórica, si bien no articula ningún tipo de asistencia en el contexto judicial para las víctimas de la guerra civil y el franquismo²³⁴. Y ello, a pesar de que, por ejemplo, el Plan sí prevé el reforzamiento del estatus de la víctima del terrorismo en el proceso penal para lo cual se compromete a promover la “consolidación de los programas de acompañamiento judicial”²³⁵ y que uno de los ejes prioritarios que, se dice, estaría presente en todo el Plan es “el principio

²³² Ver comunicado de prensa emitido por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos el 13 de marzo de 2009 <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/F2169E414F6AFE5FC125757800591E13?opendocument>.

²³³ Ver Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales (...), *op. cit.*

²³⁴ Y ello, a pesar de que el artículo 24.7 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* establece que los Estados garantizarán la asistencia a las víctimas de desapariciones

forzadas. Este previsión debe leerse conjuntamente con los últimos avances en materia de defensa efectiva de los derechos de las personas más débiles y acceso a justicia que tienden a subrayar la importancia otorgada a la efectividad real de los derechos en contraste con su mero reconocimiento formal (*Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad* que emanan de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008).

²³⁵ Ver sección V. Acción interior, punto 6. Atención a las víctimas, medida 89.b).

de igualdad y no discriminación de las personas”²³⁶. Si a esto añadimos la desafortunada experiencia cotidiana de la práctica judicial, las medidas relativas a las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura franquista parecen haber sido relegadas a un “mero reconocimiento formal”²³⁷. Y como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las obligaciones del Estado no serán satisfechas si la protección producida por la ley doméstica existe solamente en teoría²³⁸.

Un año después de la aprobación de la Ley de Memoria Histórica²³⁹, Amnistía Internacional reiteró su profunda decepción y preocupación por la respuesta del Estado español²⁴⁰. Al límite de cumplirse el plazo estipulado en la Ley, el Gobierno emprendió la tarea de dictar algunas disposiciones que sin embargo se limitaron a medidas meramente simbólicas y de escaso o nulo significado en materia de verdad, justicia y reparación. Así, se ha iniciado el desarrollo de normas sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la Disposición Adicional 7ª y la concesión de nacio-

nalidad a los voluntarios integrantes de las Brigadas internacionales. En materia de indemnizaciones, se procedió a regular las condiciones a favor de personas fallecidas o con lesiones que ocasionan discapacidad por sus actividades en defensa de la democracia. Y, por último, el 15 de diciembre el Consejo de Ministros ha aprobado la creación de la Oficina para las Víctimas de la Guerra Civil y de la Dictadura, para facilitar la información necesaria en el ejercicio de sus derechos a las personas que lo precisen; oficina que, por el momento, aún no está operativa.

4. Crímenes de Derecho Internacional

Hace más de un siglo que el derecho internacional dejó afirmada la ilicitud y la prohibición absoluta de ciertos actos reconocidos como crímenes contra el derecho internacional²⁴¹. Existe en general acuerdo de que estos crímenes son considerados como tales con independencia de que un Estado los haya o no tipificado en su legislación nacional pues afectan a la comunidad interna-

²³⁶ Amnistía Internacional acoge con satisfacción/da la bienvenida a toda medida de protección que se pueda dar a las víctimas y no pondrá nunca freno a la mayor y más completa protección y reparación que se pueda otorgar.

²³⁷ Ver Amnistía Internacional, España: Poner fin al silencio y la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista, julio 2005; y España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas (...), op. cit.

²³⁸ Caso Byrzykowski contra Polonia, sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 2006, párrafo 105. Asimismo, ver Miguel Ángel Rodríguez Arias, La nueva ley “de la memoria” y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo. Jueces para la Democracia, n° 63, 2008, págs. 68-85.

²³⁹ Según la Disposición Adicional 3ª de la Ley “en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno establecerá el marco

institucional que impulse las políticas públicas relativas a la conservación y fomento de la memoria democrática”.

²⁴⁰ Ver Comunicado de Prensa de Amnistía Internacional “España: Un año después de la Ley de “Memoria Histórica” las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo tienen poco que celebrar”, 26 de diciembre de 2008. <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/un-ano-despues-de-la-ley-de-memoria-historica-las-victimas-de-laguerra-civil-y-el-franquismo-tien/>

²⁴¹ Esto se recoge tanto en el derecho internacional consuetudinario (por ejemplo, la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia de 14 de mayo de 1915, Conferencia Preliminar de Paz de 1919 por la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre la Aplicación de Sanciones) como en el convencional al menos desde el comienzo de la codificación del derecho internacional humanitario con la primera Convención de Ginebra de 1864 y del derecho internacional de la Guerra con las 13 Convenciones de la Haya de 1899 y 1907.

cional en su conjunto y no a la sociedad en cuyo seno han tenido lugar. Además, nada obsta para que también se pueda acudir al derecho internacional consuetudinario para fundamentar la naturaleza de una conducta o acto como crimen de derecho internacional²⁴². A este tipo de delitos se refiere el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, cuando recuerda que: “[n]ada (...) se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”²⁴³. De tal modo, la represión de estos crímenes representa un deber para todos los Estados, como agentes de aquella comunidad.

Además, la prohibición de algunos de estos crímenes es absoluta. En efecto, la prohibición de genocidio, de some-

timiento a esclavitud, de apartheid, de tortura y de desaparición forzada de personas tienen atribuida la condición de norma imperativa de derecho internacional, constituyendo normas de *ius cogens*²⁴⁴. El hecho de reconocer ciertos crímenes internacionales como pertenecientes a la categoría de *ius cogens* conlleva “el deber de enjuiciar o extraditar, la imprescriptibilidad y la universalidad de la competencia sobre tales crímenes, independientemente del lugar donde se hayan cometido, de la identidad de su autor (incluidos los jefes de Estado), de la categoría de las víctimas y del contexto en que se perpetraron (tiempo de guerra o tiempo de paz)”²⁴⁵.

La jurisprudencia internacional²⁴⁶, así como la desarrollada por tribunales nacionales²⁴⁷, han fundamentado

²⁴² Ver sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, de 29 de noviembre de 1996, *Prosecutor v. Endemovic*, Causa IT-96-22-T, que vino a recoger lo que en base al derecho internacional consuetudinario se tenía por afirmado.

²⁴³ Artículo 15(2). Una cláusula similar contiene el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* en su artículo 7(2). Ambos instrumentos convencionales de derecho internacional forman parte del derecho interno español.

²⁴⁴ Ver artículo 53 de la Convención de Viena (“[P]ara los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”). Ver también artículo 64 (“Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*”). Sobre las normas de *ius cogens* ver: Oppenheim’s *International Law*, ninth ed., R. Jennings and A. Watts, ed., Volume 1, p.7. Pierre-Marie Dupuy, *Normes Internationales Pénales et Droit Impératif (ius cogens)*, en *Droit International Pénal*, Ascencio, Decaux et Pellet, ed., Pedone, p.71. Antonio Cassese, *International Law*, second edition, Oxford, p.201. Rosario Besné Mañero, *El Crimen Internacional*, Universidad de Deusto, p.60.

²⁴⁵ Ver M. Cherif Bassiouni, en “*Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario*”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998, p.30.

²⁴⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Papon contra Francia*, App. No. 54210/00, de 15 de noviembre de 2001, p. 21 y *Caso Kolk y Kislyiy contra Estonia*, Sección 4S, decisión sobre admisibilidad de 17 de enero de 2006. Asimismo, Corte Internacional de Justicia, caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (*Bosnia Herzegovina vs. Yugoslavia*), Objeciones Preliminares, Sentencia de 11 de Julio de 1996, para.31. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Caso IT-95-17/1, Judgement of Trial Chamber II, 10 de diciembre de 1998, párr. 155-157, *Prosecutor v. Furundzija*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*, sentencia de 14 de Marzo de 2001, para.41

²⁴⁷ 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 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.

igualmente fallos respecto de hechos ocurridos en fechas en las que la legislación internacional ya reconocía tales crímenes. España debería seguir la misma senda, sobre todo, cuando los propios Tribunales españoles se han pronunciado sobre crímenes internacionales ocurridos en otras partes del mundo como por ejemplo Chile, Argentina, Guatemala, China, Austria y Alemania, considerando de manera reiterada que las amnistías, así como cualquier otra medida análoga, concedidas por terceros Estados para crímenes de derecho internacional, no son vinculantes y por tanto carecen de validez en España²⁴⁸, incluso que “[e]l CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conducta anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificadas en el CP español”²⁴⁹.

Así, es indiscutible que los hechos que en España se han denunciado (la tortura, las ejecuciones extrajudiciales seguidas de la desaparición forzada de personas, la persecución por motivos políticos, religiosos o raciales) y que se cometieron

durante la Guerra Civil y durante la dictadura bajo la dirección del régimen franquista ya eran reconocidos como crímenes internacionales en el momento de su comisión. De tal modo, los derechos de las víctimas existían desde el momento en que se cometieron los abusos por tratarse de crímenes internacionales, y por supuesto no cabe predicar que dimanen, sólo, de la Constitución Española de 1978²⁵⁰, pues ello constituiría una vía de escape a la persecución de las graves violaciones de derechos humanos y crímenes de derecho internacional cometidos antes de 1978. Al mantener la impunidad de las mismas el Estado viola sus obligaciones internacionales y compromete su responsabilidad internacional. 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. Amnistía Internacional ya ha advertido que la privación de derechos a las víctimas es una segunda vulneración que ha continuado en el tiempo, y como tal debe ser reconocida, valorada como causa de reparación y sometida a la justicia²⁵¹.

²⁴⁸ 43 Ver Juzgado Central de Instrucción No.5, auto de 25 de marzo de 1998 (caso dictadura Argentina), FJ° 15; Juzgado Central de Instrucción No.6, caso *Pinochet*, auto de 20 de septiembre de 1998, FJ° 1; Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, rollo de apelación 173/98, sumario 1/98, auto de 5 de noviembre de 1998, FJ° 8; Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sumario 19/97, FJ§ 8, caso Adolfo *Scilingo*, auto de 4 de noviembre de 1998. Estos argumentos se reproducen en el auto del Juzgado Central de Instrucción n° 5, de procesamiento de *Miguel Cavallo*, de 1 de septiembre de 2000, así como en el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sumario 19/97, resolutorio de la cuestión de previo pronunciamiento en el juicio oral en el caso *Scilingo*. Ver Amnistía Internacional, *España: Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad*.

Índice AI EUR 41/017/2008, de 15 de octubre de 2008.

²⁴⁹ Juzgado Central de Instrucción N°2, Diligencias Previas 211/09 L, auto de 17 de julio de 2008, Hechos, 2° (caso del campo de concentración de *Mauthausen* en el que el juez de instrucción, en el auto de admisión a trámite, reproduce lo afirmado por el Fiscal). En este sentido, ver Sentencia núm 16/2005, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 19 de abril de 2005, FJ 1° (2.2) (Caso *Scilingo*)

²⁵⁰ Se podía esperar de los autores de crímenes de derecho internacional perpetrados durante la Guerra Civil y el Franquismo que razonablemente supieran de su prohibición absoluta.

²⁵¹ Ver Amnistía Internacional. Víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo: No hay derecho (...), op. cit.

4.1. La Desaparición Forzada de personas como delito grave autónomo y constitutivo de un crimen contra la Humanidad

Dentro de la categoría de crímenes de derecho internacional – ilícitos que conllevan responsabilidad penal individual – se incluye la desaparición forzada de personas²⁵². La desaparición forzada que no reúne los elementos de crimen contra la Humanidad – porque es llevada a cabo

de manera esporádica o aislada²⁵³ - no se halla aún contemplada como tal en el derecho español, a pesar de ser un crimen de derecho internacional²⁵⁴. El artículo 166 del Código Penal se refiere al delito ordinario o común de detención ilegal o secuestro sin razón del paradero. Tal tipo penal está lejos de satisfacer la definición del derecho internacional, pues hace abstracción de elementos esenciales de la desaparición forzada²⁵⁵.

²⁵² Artículo 1 de la *Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* (aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992) 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”. Según la *Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, “[e]n la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. (...) esta práctica posee carácter más o menos universal (...)” (párrs. 149-158). Además, según *Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias*, en su Informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos (Doc. E/CN.4/2002/71, de 8 de enero de 2002) estableció que “[p]arece que fue [el crimen de desaparición forzada] inventado por Adolfo Hitler en su *Nacht und Nebel Erlass* (Decreto de noche y niebla) del 7 de diciembre de 1941. El objeto de esa orden era aprehender a personas en territorios ocupados “que amenazaban la seguridad alemana”; estas personas no eran ejecutadas inmediatamente sino que eran transportadas secretamente a Alemania, donde desaparecían sin dejar rastro alguno. Para lograr el efecto intimidatorio deseado, se prohibía entregar ninguna información sobre su paradero o la suerte corrida por ellas” (párr. 7). En el auto de 16 de octubre de 2008, el juez instructor describe prácticas similares (“es necesario propagar una imagen de terror (...) cualquiera que sea, abierta o secretamente (...)” [afirmación del General Mola] 19 de julio de 1936, pág. 11); “(...) [eliminación] acompañada con el ocultamiento sistemático de

los cuerpos, de modo que los familiares no pudieran ubicar el lugar de la inhumación” (pág. 14); Ver RJ 2° a 6°. Asimismo ver auto de 18 de noviembre de 2008 (sumario 53/2008 E).

²⁵³ 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 humanidad (ver Artículo 7(1)(i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Cuando “la detención ilegal” se trata de un delito de lesa humanidad, ver artículo 607.2.7 bis) del Código Penal, que se remite a las normas internacionales que regulan la detención o privación de libertad (a modo del artículo 37 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.)

²⁵⁴ Cabe señalar que el 12 de diciembre de 2008 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (España es un Estado signatario desde el 27 de septiembre de 2007). Además, la ratificación/éste es uno de los compromisos adquiridos en el Plan de Derechos Humanos del Gobierno de diciembre de 2008. Sin embargo, suscita preocupación para Amnistía Internacional que en la actual iniciativa de reforma del Código Penal abierta por el Ministerio de Justicia no se haya contemplado incorporar en el derecho interno español el delito de desaparición forzada y ello, en la medida que el artículo 4 de la Convención obliga a los Estados Parte a tipificar dicha conducta como delito en sus legislaciones internas y que la definición contenida en la Convención es expresada en términos similares a la definición enunciada en el Preámbulo de la Declaración de 1992, que recoge las normas internacionales consuetudinarias en la materia.

²⁵⁵ España tiene el deber de garantizar que todo delito o crimen de derecho internacional y toda conducta reconocida como prohibida por el derecho internacional consuetudinario se halle tipificada y sancionada de conformidad con su gravedad.

Una correcta definición del delito requerirá que la acción de privación de libertad, cualquiera que sea su forma, sea cometida por agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado; concurra falta de información o negativa a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona; y que ello impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes – es decir, dejar a la persona desaparecida fuera del amparo de la ley²⁵⁶. Por otro lado, una tipificación conforme a obligaciones internacionales conlleva que en ningún caso resultará aplicable la eximente de “obediencia debida” o “cumplimiento del deber”, extremo que rechaza tanto la Convención como la

Declaración de 1992²⁵⁷. Asimismo el Código Penal debería introducir expresamente la responsabilidad penal de jefes y otros superiores por actos de desaparición forzada - cuando no constituyan crímenes contra la Humanidad²⁵⁸ - en concordancia con el artículo 6 de la Convención²⁵⁹.

La desaparición forzada de personas constituye un delito permanente o continuado²⁶⁰, esto es, que se prolonga interrumpidamente 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 hechos²⁶¹. Así ha sido interpretado por tribunales y otros mecanismos internacionales²⁶².

²⁵⁶ Artículo 2 de la Convención. Cabe señalar que el artículo 3 de la Convención además impone a los Estados el deber de tomar las medidas apropiadas “para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 cometidas por personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”. El artículo 7.2.i) del Estatuto de Roma, que define la desaparición forzada como delito de lesa humanidad, también abre la autoría del tipo más allá del Estado a “una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia (...)”.

²⁵⁷ Ver artículo 6 en relación con el 23.2 de la Convención y artículo 6 de la Declaración.

²⁵⁸ El artículo 615 bis del Código Penal ya castiga a los jefes o superior por actos de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

²⁵⁹ Por ello, Amnistía recomienda que el Anteproyecto de reforma del Código Penal introduzca medidas similares a las establecidas en los artículos 615 bis) y 616 bis) para el delito de desaparición forzada.

²⁶⁰ Una adecuada interpretación de los artículos 8.1 (“Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.”) y 24.6 de la Convención (“6. Sin perjuicio de la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, (...)”) – conjuntamente con otras normas internacionales en la materia que prevean una mayor protección

(artículo 17 de la Declaración)- llevará sin duda a esta constatación.

²⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La Cantuta (Perú)*, Sentencia del 29 de noviembre de 2006.

²⁶² Por ejemplo, caso *Blake* (Guatemala), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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, Informe del Grupo de Trabajo sobre la protección de todas las personas contra la Desapariciones Forzadas, 62º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2004, párrafo 3º. La continuidad o prolongación en el tiempo no se predica sólo del desconocimiento del paradero sino también de “los graves sufrimientos” que padecen los familiares. De tal manera, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que, precisamente por la prolongación en el tiempo de la incertidumbre y angustia para los familiares de los desaparecidos, se violaba el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes- en los casos *Quinteros c. el Uruguay* (107/81), *Schedko c. Belarús* (886/99) y *Sankara y otros c. Burkina Faso* (1159/03). En este sentido también se ha pronunciado el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura (Doc. ONU A/56/156 párrafo 14) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso *Kurt vs Turquía*, sentencia del TEDH de 28 de abril de 1998.) Asimismo ver artículo 1 de la Declaración (“todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia”).

La imprescriptibilidad resulta aconsejable a la vista de la condición de crimen de derecho internacional de la desaparición forzada y la jerarquía de norma de *ius cogens* que tiene su prohibición²⁶³. Cuando la desaparición forzada alcanza la categoría de crimen contra la Humanidad al principio resulta incuestionable²⁶⁴. El derecho internacional prohíbe claramente la imposición de limitaciones temporales a la investigación de tales conductas y al enjuiciamiento de sus responsables.

No obstante, en caso de haber plazos de prescripción, éstos solo empezarán a contar a partir del momento en que cesa el crimen, es decir, desde que se hubiera esclarecido lo sucedido, establecido la suerte de la persona desaparecida o localizado o identificado los restos – de manera que no haya duda al respecto²⁶⁵. Así, el *Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias* en su Observación General sobre una correcta interpretación del artículo 18 de la Declaración²⁶⁶ ha concluido que las siguientes medidas podrían considerarse contrarias a la misma:

“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; (...)”²⁶⁷

Pero es más, el artículo 8.2 de la Convención establece que se garantizará un recurso eficaz durante el plazo de prescripción pues, de acuerdo a principios generales del derecho, mientras las víctimas o sus familiares no cuenten con tales recursos no podrá empezar a computarse prescripción alguna. Es por ello que no se incurre en atentado al principio de irretroactividad de la ley penal. Tal y como ha dicho el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias,

“(...) 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

²⁶³ Ver por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Barrios Altos*, párr. 41. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Kolk y Kislyiy*. Aunque la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* no impone la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada – en tanto no alcance la categoría de crímenes de lesa humanidad - nada impide hacerlo, en términos de la propia Convención pues al remitir el artículo 5 de la Convención a “las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”, una de éstas es precisamente la imprescriptibilidad. Ver asimismo, artículo 8(1).

²⁶⁴ La desaparición forzada como crimen contra la humanidad, tendrá el mismo atributo de norma imperativa de la que se derivan ciertas consecuencias legales como la imprescriptibilidad y a prohibición de amnistiar. *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución

2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968); Artículo 29 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²⁶⁵ Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 17 de la Declaración de 1992; Artículo 24 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad (Doc. E/CN.4/sub.2/1997/20/Rev.1)

²⁶⁶ En el año 2002, la Asamblea General de Naciones Unidas pidió al Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas seguir examinando la cuestión de la impunidad en relación con las disposiciones relevantes de la Declaración. El Grupo de Trabajo acabó formulando en 2005 la Observación general sobre el artículo 18.

²⁶⁷ Párrafo 3°, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 62º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005, página 15 y ss.

respectiva, con lo que no se incurre en un atentado al principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del presunto responsable. En tal virtud, en estricto rigor jurídico internacional, las desapariciones forzadas que aún no han sido esclarecidas se siguen cometiendo en la actualidad por lo que se trata de un delito continuado y no un asunto del pasado²⁶⁸.

El derecho internacional consuetudinario contiene disposiciones de carácter obligatorio, como ciertas previsiones de la *Declaración de 1992*, que incluye de forma explícita 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 penal²⁶⁹. De las disposiciones de la Convención que regulan el derecho a un recurso eficaz²⁷⁰, el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida²⁷¹, la obligación de investigar de forma exhaustiva e imparcial “hasta establecer la suerte de la persona desaparecida” así como la prohibición de actos que obstaculicen el desarrollo de tales investigaciones²⁷², queda igualmente patente la imposibilidad de aplicación de ninguna norma de amnistía.

El Comité de Derechos Humanos, al examinar las amnistías adoptadas por Estados partes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha concluido que tales leyes constituían una violación de la obligación contenida en el artículo

2 del Pacto²⁷³. La Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía española no es un caso diferente.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolución 2006/81, sobre la cuestión de la impunidad, aprobada el 21 de abril de 2005 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 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 pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad o por infracciones graves de los derechos humanos”²⁷⁴.

De gran importancia es la Observación General del artículo 18 de la Declaración realizada por el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias:

“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:

²⁶⁸ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. *Misión a El Salvador*, Doc. A/HRC/12/add.2, de 26 de octubre de 2007, párrafo 86.

²⁶⁹ Artículo 18(1).

²⁷⁰ Ver artículo 8.

²⁷¹ Artículo 24(2).

²⁷² Artículo 12 y 24.

²⁷³ *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos*: Chile Doc. CPR/C/79/Add.104,

párra7, 1999; Argentina Doc. CCPR/CO/70/ARG, párr 9, 03/11/2000; Perú Doc. CPR/C/79/add.67, párr 9, 1995, así como CCPR/CO/70/PER, de 2000; Líbano y Francia CCPR/C/79/Add.80, párr 13; El Salvador, Doc. CCPR/C/79/Add. 34, párr 7; Haití, Doc. A/50/40, párrs 224 - 241; Uruguay Doc. CCPR/C/79/Add.19, párrs. 7 y 11 y Add.90, Parte C.

²⁷⁴ *Comisión de Derechos Humanos*, 60ª período de sesiones, Resolución 2005/81, véase Cap. XVII, Doc. E/CN.4/2005/L.10/add. 17.

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 (...)²⁷⁵.

En resumen, el derecho internacional impone a los Estados – y, por consiguiente el Estado español no puede ser una excepción - la obligación de investigar y perseguir los crímenes de derecho internacional y las graves violaciones a los derechos humanos, enjuiciar a las personas responsables de haber cometido tales crímenes, así como de cooperar en la identificación, detención y castigo de las mismas²⁷⁶. Siempre que existan motivos para creer que una persona ha sido objeto de desaparición forzada, una autoridad estatal competente e independiente deberá iniciar una investigación judicial que no podrá ser obstaculizada de manera alguna. Las víctimas de graves violaciones a sus derechos humanos y crímenes de derecho internacional deberán disponer de un recurso judicial rápido y eficaz para poder denunciar los hechos delictivos. Los efectos legales que se derivan de la condición de crímenes de derecho internacional que ostentan tanto la

desaparición forzada y los crímenes contra la Humanidad²⁷⁷ – así como la jerarquía de *ius cogens* que tiene la prohibición de tales conductas - son, entre otros, la imprescriptibilidad de la acción penal y la prohibición de aplicar amnistías, indultos – y de otra medida de similares efectos - a las personas responsables de tales conductas, hasta tanto 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 correspondientes²⁷⁸. España, como ningún otro Estado, puede pretender disponer a su arreglo de lo que son normas imperativas (*ius cogens*).

4.2. Respuesta de las autoridades españolas frente al deber de investigar, juzgar y sancionar y respecto de los derechos de las víctimas

En virtud del derecho internacional, las acciones a cargo del Estado deben ponerse en marcha siempre que haya motivos razonables sobre crímenes de derecho internacional, y en concreto desaparición forzada de personas.

El Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, está llamado a conocer y aplicar la legalidad internacional que forma parte del ordenamiento jurídico español. Amnistía Internacional ha expresado que es impropio de tal función oponerse a la obligación

²⁷⁵ Observación General del artículo 18 de la Declaración, párrafo 2.

²⁷⁶ Ver 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.

²⁷⁷ El contenido, a naturaleza y las condiciones de la responsabilidad por tales crímenes son establecidos por el derecho internacional con independencia de lo que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados. Existe un acuerdo generalizado sobre los tipos de actos o conductas

que constituyen crímenes contra la humanidad. Aunque la primera lista de tales crímenes se elaboró al final de la I Guerra Mundial y fueron posteriormente recogidos en la Carta del Tribunal de Nüremberg, el concepto de “crímenes de lesa humanidad” o “contra la humanidad” data de mediados del S. XIX. Ver nota a pie de página 36. Asimismo, ver Amnistía Internacional, *La Responsabilidad de la Comunidad Internacional ante los crímenes contra la humanidad. Los Juicios en España por los crímenes contra la humanidad de los regímenes militares en Argentina y Chile*. Índice AI AMR 03/01/98s, mayo de 1998.

internacional de investigar hechos que pudieran ser constitutivos de crímenes internacionales y socavar los derechos de las víctimas. De acuerdo con las *Directrices de Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales*, éstos desempeñarán un papel activo en el procedimiento penal, incluida su iniciación²⁷⁹. Desde luego, no ha sido éste el proceder seguido por el Ministerio Fiscal en el proceso abierto por el Juzgado Central de Instrucción n° 5 (diligencias previas 399/2006, transformadas en sumario 53/08), sino más bien el contrario ya que en sus informes el Ministerio Fiscal se opuso sistemáticamente al ejercicio de la jurisdicción española tendente a la investigación de los graves delitos de derecho internacional denunciados bajo argumentos de distinto orden todos ellos destinados a poner fin a la investigación iniciada²⁸⁰.

Difícilmente podrá el Ministerio Fiscal ejercer el rol de garante de los derechos de los ciudadanos – a obtener justicia y reparación - y a satisfacer los intereses de la sociedad – que no queden impunes los responsables de delitos graves de derecho internacional - si en sus actua-

ciones promueve argumentos (a saber, la irretroactividad de la ley penal, la prescripción de los delitos y la aplicación de la ley de amnistía) e interpretaciones de las leyes que impiden investigar graves violaciones a los derechos humanos y que llevan a perpetuar mecanismos de impunidad, obviando y quebrantando el derecho internacional.

Amnistía Internacional ha declarado que 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 poder constituir un obstáculo para la persecución de tal conducta. Si tal fuera el caso, impidiéndose la realización del proceso, por ejemplo, invocando como obstáculo el hecho de que la ley española no tipificaba como tal la conducta (desapariciones forzadas o crímenes contra la humanidad, cuya prohibición está basada en una norma de *ius cogens*) al tiempo

²⁷⁸ Ver Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v Anto Furundzija*, ya citado, párr. 155. En igual sentido, *Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Prosecutor v Moinina Fofana*, de 25 de mayo de 2004, Caso no. SCSL-2004-14-AR72(E) (“El Tribunal encuentra fundamento para sostener que existe cristalizada una norma de derecho internacional que impide a los gobiernos conceder amnistías por serios crímenes de derecho internacional”). En cuanto a la cuestión de las inmunidades, recordar que en lo que respecta a graves violaciones de derechos humanos que constituyen delitos de derecho internacional, los Estados tienen el deber de garantizar que sus tribunales puedan investigar y juzgar a toda persona responsable de haber cometido tales delitos, cualquiera que sea su cargo o posición oficial. Ver Amnistía Internacional. España: *Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad*, op. cit. págs. 41-43.

²⁷⁹ Aprobadas por el 8° 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. Dicho instrumento igualmente expresa que los fiscales considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a las víctimas de sus derechos con arreglo a la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*.

²⁸⁰ Ver Amnistía Internacional. *Mitos y Distorsiones. Por un debate informado y actuaciones judiciales ajustadas a derecho*. 12 de noviembre de 2008. <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/no-debe-ser-una-excepcion-mundial-a-la-horade-investigar-los-crimenes-del-pasado/>

de su comisión, España contravendría sus obligaciones convencionales bajo el derecho internacional²⁸¹.

De todos modos, cabe resaltar que el debate sobre la interpretación del principio de legalidad no está aún definitivamente cerrado en España. Si bien en el caso *Scilingo*, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso del acusado argumentando que los delitos de lesa humanidad no estaban tipificados en el Código Penal al tiempo de su comisión, por el contrario, en el caso del *campo de concentración de Mauthausen*, el juez de instrucción, en el auto de admisión a trámite afirmó que: “[e]l principio de legalidad aplicable a los delitos internacionales tales como los crímenes contra la humanidad no es el interno, sino el internacional, contenido en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (...). El CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conducta anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificados en el CP español (...). El crimen de lesa humanidad (prohibida por norma de *ius cogens*) es un crimen

tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal”²⁸².

El Ministerio Fiscal argumenta que las desapariciones forzadas cesaron hace tiempo por ser público y notorio que las víctimas fueron ejecutadas y por tanto se trata de delitos de asesinato que ya han prescrito. Esta interpretación hace total abstracción del *artículo 17 de la Declaración de 1992*. El hecho de que las “detenciones ilegales sin dar razón del paradero de la víctima” concluyeran con la ejecución de la persona detenida, por mucho que fuera un hecho notorio y público, no cambia en absoluto la calificación del delito como un acto de desaparición forzada, que constituye un delito permanente, lo que significa que la violación se prolonga en el tiempo y no concluye hasta que sea determinado el paradero de las personas desaparecidas o debidamente localizados o identificados los restos. El Estado está obligado a llevar a cabo las investigaciones –en sede judicial- necesarias para determinar estos hechos. Esto es precisamente lo que se les niega a las víctimas. Y, en todo caso, no se trataría de un delito común –como afirma el Ministerio Fiscal- sino uno (asesinato) constitutivo de un crimen contra la humanidad²⁸³. Es adicional-

²⁸¹ Ver artículos 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7(2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Ambos ratificados por España el 27 de julio de 1977 y el 4 de octubre de 1979, respectivamente. 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 interno, tal limitación es propia del derecho interno español y no le es impuesta a España por el derecho internacional. De ello se desprende que este proceder no debería en rigor constituir un obstáculo a la aplicación directa del derecho internacional y, por tanto, no equivaldría a afirmar que los tribunales han puesto en duda el cumplimiento de la obligación

de investigar, procesar a los presuntos responsables y, en caso de ser hallados responsables, sancionarlos. Ver, Amnistía Internacional. España: Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad, op. cit., págs 2-4.

²⁸² Juzgado Central de Instrucción nº 2, Diligencias Previas 211/09 L, auto de 17 de julio de 2008, Hechos.

²⁸³ La muerte de las personas desaparecidas tendrá que establecerse en el marco del oportuno proceso penal. Por otro parte, exigir que las personas desaparecidas o detenidas estén vivas supone trasladar sobre los familiares de las víctimas, invirtiendo la carga de la prueba, la dificultad adicional, irracional e ilógica de tener que aportar pruebas que evidentemente no tienen.

mente abusivo afirmar prescripción o limitaciones de orden temporal cuando las víctimas han sido privadas de recursos efectivos por décadas, condición que en el caso de España ha sido el auténtico hecho público y notorio²⁸⁴.

Por otra parte, la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía es una ley preconstitucional que choca con disposiciones de la Constitución española de 1978²⁸⁵. Pero lo que es más grave, infringe normas internacionales vinculantes para el Estado español tanto en el momento de promulgarse como hoy en día, entre ellas, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*²⁸⁶.

La Ley de Amnistía, se dictó, según su texto, para extinguir la responsabilidad penal por los delitos de intencionalidad política²⁸⁷. Así, al describir los actos sobre los cuales las autoridades judiciales pueden aplicar la amnistía²⁸⁸, la Ley asumió que había limitaciones en

razón de la naturaleza de los delitos (“siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”), reflejando tal exclusión el reconocimiento de que hay actos que no pueden quedar impunes²⁸⁹. No hay que olvidar que en base al derecho internacional los crímenes de derecho internacional no pueden ser considerados como delitos políticos o conexos ellos (llámese “*actos de intencionalidad política*”)²⁹⁰. Al defender la aplicación de la amnistía y considerar que las conductas que dieron lugar a las desapariciones forzadas pueden ser tratadas como de “intencionalidad política”, el Ministerio Fiscal sin duda alguna está contraviniendo derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional y/u obligaciones que éste impone, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado español²⁹¹. Amnistía Internacional ha llamado a la atención del Grupo de

Además, 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, es decir, es necesario un pronunciamiento judicial que exige la apertura de un proceso en el que se concrete la actuación ilícita.

²⁸⁴ La ausencia de recursos efectivos hace que la prescripción sea inaplicable a las demandas de las víctimas. Ver artículo 17 de la Declaración de 1992.

²⁸⁵ La Constitución en su artículo 62, apartado i) impide la concesión de indultos generales. En coherencia a este precepto, el Código Penal ha suprimido la amnistía como forma de extinción de la responsabilidad penal (artículo 130).

²⁸⁶ Firmado por España el 28 de septiembre de 1976, ratificado el 27 de abril de 1977 y publicado en el B.O.E de 30 de abril de 1977. Asimismo, ver epígrafes 4 y 4.1, anteriores.

²⁸⁷ La Ley amnistió además las infracciones administrativas, laborales y sindicales de intencionalidad política, y las sanciones impuestas a los trabajadores por razones políticas (es decir, en buena medida, figuras delictivas sancionadas por el régimen franquista para reprimir la disidencia, y las libertades de opinión, expresión y asociación). La Ley de Amnistía no implica en modo alguno el

olvido de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos y delitos o crímenes de derecho internacional cometidos.

²⁸⁸ Según el artículo 9 de la Ley de amnistía “la aplicación de la amnistía, en todo 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 (...)”. Por tanto, se requiere de un procedimiento y un pronunciamiento judicial.

²⁸⁹ Ver artículo primero, letra c).

²⁹⁰ Por ejemplo, ver artículo 13(1) de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo VII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

²⁹¹ Es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho internacional (artículos 27 y 53 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* de 1969, ratificado por España).

Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias su preocupación de que el caso español pudiera crear un peligroso precedente sobre el valor y el alcance de las leyes de amnistía en términos que aseguren la impunidad de los autores de crímenes de derecho internacional²⁹².

Cabe recordar la Instrucción 8/2005, de 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal dictada por la propia Fiscalía General del Estado se dice que el proceso penal ha de ser contemplado, “como instrumento de reparación del daño moral y patrimonial que la víctima ha recibido por el hecho delictivo. Reparación que no puede ser fuente de más daños para la víctima tratando de evitar una victimización secundaria. (...) Protección y atención con respecto a su dignidad, a su derecho a declarar, y a ser informada, a comprender y a ser comprendida, a ser protegida” y que “la víctima de cualquier delito, y especialmente las más vulnerables, tienen derecho a ser informadas con claridad, con lenguaje accesible, de sus derechos, de lo que pueden o no esperar, dónde acudir en su caso (...) a saber en definitiva, cuál es la respuesta prevista por el ordenamiento, y encomendada especialmente al Ministerio Fiscal, en defensa de sus intereses”.

Estas víctimas que continúan encontrando obstáculos no tienen menos derechos que cualquier otra víctima a disponer de protección judicial efectiva, en pie de igualdad, nada más pero tampoco nada menos.

Por su parte, el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2008 pone de manifiesto una clara ignorancia del derecho internacional, incurriendo en una serie de incongruencias. El Tribunal tenía la obligación de proteger a las víctimas e impartir justicia. Según los *Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial*, se debe “garantizar la igualdad de tratamiento de todos ante un tribunal”, así como que un juez “cumplirá sus obligaciones judiciales con la apropiada consideración para todas las personas” y “desempeñará todas sus obligaciones judiciales, incluida la emisión de decisiones reservadas, de forma eficaz, justa y con una rapidez razonable”²⁹³.

Según la Sala, su resolución no pretende “prejuizar el carácter delictivo o no de los hechos denunciados”. No obstante, lo cierto es que para declarar la incompetencia del juez instructor necesariamente abordó cuestiones que son de fondo, como la calificación jurídica²⁹⁴. Por contra, como señala el voto particular discrepante, el objeto del

²⁹² Comparecencia el 27 de noviembre de 2008

²⁹³ *Principios de Bangalore de 2002*, valor quinto (igualdad) y sexto (competencia y diligencia). En 2000, a invitación del centro de Prevención del Delito Internacional de las Naciones Unidas y conjuntamente con el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial reconoció la necesidad de un código que sirviera de referente para medir la conducta de los jueces. El producto de tal esfuerzo fueron los “Principios de Bangalore”.

²⁹⁴ Al asumir el cauce extraordinario del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y el Ministerio Fiscal obviar el cauce de los recursos ordinarios establecidos por la ley) “quedan excluidas –dice el auto- de esta resolución las materias

relativas a la prescripción, a la ley de amnistía o el examen de si los hechos sobre los que se pretende investigar están indiciariamente acreditados, de estarlo si son o no presuntamente constitutivos de delito y si hay o no personas presuntamente responsables de ellos” RJ 0); pero, al determinar la incompetencia del juez instructor sin definir cuando menos a quien le compete el conocimiento e investigación de los hechos denunciados y declarar la nulidad –dejando sin efecto algunas diligencias y otras no-, la Sala se ha extralimitado en el ejercicio de su función jurisdiccional causando grave perjuicio a las víctimas. Y ello cuando su deber es resolver en justicia y con imparcialidad, que “se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión” (*Principios de Bangalore*, valor 2

proceso está en constante evolución y se determina de forma progresiva en la fase de instrucción, con carácter provisional, hasta el auto de procesamiento²⁹⁵. Así pues, ya que la Sala entró en cuestiones de fondo – y a pesar de no ser el procedimiento adecuado y oportuno – el caso es que tuvo inmejorable oportunidad para haberse pronunciado respecto de los temas controvertidos aducidos por el Ministerio Fiscal²⁹⁶. Al evitar pronunciarse sobre los mismos, se pone de relieve la incomodidad para el propio Tribunal de tener que aclarar si pueden o no aplicarse tales mecanismos de impunidad. En este sentido, los argumentos contenidos en el voto particular discrepante de tres de los magistrados de la Sala son verdaderamente de mayor peso y audacia, los que hubieran sido de esperar del Pleno de la Sala, y respetuosos con el derecho internacional²⁹⁷.

Es importante valorar una solución en derecho comparado, en línea de lo adelantado en el voto particular discrepante: “la incompetencia material de un órgano con jurisdicción que no causa indefensión es una mera irregularidad procesal que no puede generar la nulidad radical de lo actuado” y que al no haber “peligro que neutralizar, las actuaciones podían validarse” así como que “la excepcionalidad conmueve todas las instituciones procesales que conocemos”, procurando “interpretaciones que reduzcan los márgenes de apreciación subjetiva (...) y verificar una aplicación de las reglas de competencia favorable a la mayor efectividad de los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico internacional”.

De tal modo, el Tribunal Constitucional de Perú en casos donde se había alegado la violación de un derecho fundamental de orden procesal estimó que:

(imparcialidad.) Asimismo, Principio 6 (“El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes”), *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

²⁹⁵ Además, como igualmente pone de relieve el voto particular discrepante, los hechos son susceptibles de calificarse de muchas maneras, algunas de las cuales determinarían la competencia de la Audiencia Nacional, como el terrorismo o los crímenes de guerra, incluso el propio delito de rebelión pues al tratarse de un delito de función y los autores siendo militares, éstos no pueden rebelarse -dar un golpe de Estado no es un delito de “función”- y además, a tenor de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Disposición Adicional y Transitoria)- el delito de rebelión es, en todo caso, competencia de la Audiencia Nacional. Luego, a

priori, la calificación del juez instructor era tan válida como cualquier otra.

²⁹⁶ Como señala el voto particular discrepante “sólo cinco folios de su escrito [escrito del Ministerio Fiscal de 21 de octubre de 2008] se refiere al art. 23 Lecrim, la competencia, el resto se dedica a justificar la extinción de la responsabilidad penal criminal” con argumentos “que se desentienden de manera radical de las prescripciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y de derecho penal internacional”.

²⁹⁷ Otra incongruencia que resalta el voto particular discrepante es que si la Audiencia Nacional conocerá de los crímenes de derecho internacional cometidos en el extranjero en virtud del principio de jurisdicción universal previsto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por afectar a la comunidad internacional, “en este caso, llevan a que sea la Audiencia Nacional quien deba conocer de hechos y situaciones que, no por haber ocurrido en el pasado reciente de nuestro país, dejan de afectar en la misma medida a la comunidad internacional. Esta circunstancia implica un plus de no obstaculización de la persecución penal amparada en una lectura sesgada de las normas competenciales relativas al único órgano judicial del Estado que tiene capacidad técnica para llevar a cabo una investigación eficaz y coordinada de los hechos”.

• “toda pretensión que cuestione la regularidad de un proceso judicial requiere, necesariamente, la admisión a trámite de la demanda (...) así como la actuación de todos los medios probatorios que coadyuven a verificar la regularidad de la actuación jurisdiccional (...)” y “expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la controversia era de notoria trascendencia nacional y, por tanto, de alcances que trascendían el caso concreto”²⁹⁸;

• “(...) después de reconocerse que el Estado peruano, había “(...) omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas (...) la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados (...) no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las leyes de amnistía (...) sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre los cuales se encuentran resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor de los recurrentes”²⁹⁹;

• “(...) dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta

finalmente supeditada a la finalidad de los procesos (...) por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines los procesos”³⁰⁰; y

• “en aplicación del principio *pro accione* que impone al Juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción (...)”³⁰¹.

En resumen, los tribunales deben cumplir con las obligaciones internacionales del Estado, que en el marco de su competencia les incumbe. 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 éste³⁰². La aplicación de interpretaciones o leyes incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado y que viola los derechos humanos constituye una contravención de tales obligaciones. Cabe recordar que los Estados responden unitariamente por los actos de los poderes públicos.

5. Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos al Estado español

España es uno de los países a los que el Comité de Derechos Humanos de

²⁹⁸ EXP. N°. 4587-2004-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2005.

²⁹⁹ *Idem*.

³⁰⁰ EXP. N° 1417-2005-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Julio de 2008.

³⁰¹ *Idem*

³⁰² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como

una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar (...) situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”. Caso *Bulacio v Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003.

Naciones Unidas ha tenido que recordar que no se pueden invocar amnistías ni alegar prescripciones respecto a crímenes de derecho internacional. El 31 de octubre de 2008, el Comité de Derechos Humanos publicaba el proyecto de observaciones finales al quinto informe periódico de España en el que recomendaba a las autoridades españolas cumplir con sus obligaciones internacionales, en calidad de Estado parte en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

El Comité mostró su preocupación por el mantenimiento aún en vigor de la Ley de Amnistía de 1977 y recordó que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, señalando a la atención del Estado Parte sus observaciones generales N° 20 - según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto - y N° 31 - sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto³⁰³.

El Comité, aunque acoge con satisfacción la Ley N° 52/2007, de "Memoria Histórica" que prevé una reparación para las víctimas de la dictadura, "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"³⁰⁴.

El Comité estableció que el Estado parte debe:

"a) considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977;

b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales;

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, indemnizarlas"³⁰⁵.

Dado que la ley penal española ya contempla que los delitos de lesa humanidad no prescribirán en ningún caso³⁰⁶, tal observación del Comité no puede significar otra cosa que la adopción de la medida legislativa pertinente para que los Tribunales españoles puedan aplicar la imprescriptibilidad en forma retroactiva para los crímenes de derecho internacional "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido"³⁰⁷.

Asimismo, en el Plan de Derechos Humanos figura el compromiso de llevar a cabo la firma y ratificación de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*³⁰⁸. Al respecto, Amnistía Internacional ha exhortado a las

³⁰³ Comité de Derechos Humanos, 94° período de sesiones, Ginebra, 13 a 31 de octubre de 2008, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5/, de 27 de octubre de 2008, párrafo 9.

³⁰⁴ *Idem*, párrs. 3 y 9.

³⁰⁵ *Idem*, párr. 9.

³⁰⁶ Artículos 131.4 y 133.2 del Código Penal. La extensión de la imprescriptibilidad a los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad se introdujo en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, para dar cumplimiento a las exigencias del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. No obstante, la Disposición

Transitoria Primera de dicha ley señala con desacierto la irretroactividad de tal reforma.

³⁰⁷ Artículo 1 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

³⁰⁸ *Plan de Derechos Humanos*. Gobierno de España. Medida 2, sección IV. Acción Exterior de España en Derechos Humanos, punto 1. ONU, diciembre de 2008.

autoridades españolas a que hagan realidad dicho compromiso con prontitud e incorporen en el derecho interno dicha Convención sin añadir ninguna reserva o declaración interpretativa que pudiera desvirtuar el alcance de la misma³⁰⁹.

En lo que respecta a la creación de una “comisión de la verdad”, cabe recordar que una de las medidas adoptadas por el juez instructor en el auto de 16 de octubre de 2008 fue la de “formar un grupo de expertos en número, forma y con las competencias marcadas en el razonamiento jurídico décimosexto”³¹⁰, medida no obstante que ha quedado sin efecto al haber sido declarado nulo lo actuado por el Juzgado Central de Instrucción n° 5 a raíz del auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 4 de diciembre de 2008³¹¹.

Sorprende cuando menos el lenguaje y la agresividad con la que el Gobierno español ha procedido a responder al Comité de Derechos Humanos mediante escrito de 8 de enero de 2009. Y ello a pesar del compromiso adquirido tan sólo un mes antes en el Plan de Derechos Humanos de 12 diciembre de 2008 de adoptar un “Protocolo de actuación para dar cumplimiento a los Dictámenes y Recomendaciones de los distintos Comités de protección de los Derechos Humanos”³¹². Así, el Gobierno comienza manifestando que, “se sorprende de que el Comité, como debería ser de rigor, no reitera que España cumple las obligaciones que le impone el Pacto y que avanza en la promoción y respeto de los derechos humanos”³¹³.

Para empezar, cabe recordar que en virtud del artículo 40 del Pacto, los Estados tienen la obligación de proveer información detallada al Comité cada cuatro años sobre la manera en que se ejercitan los derechos contemplados en el Pacto. El cuarto informe examinado por el Comité fue en 1996. Así pues, España ha dado finalmente cumplimiento a una de sus obligaciones convencionales con la presentación del quinto informe periódico tras más de 12 años respecto del último sometido a examen – e incumpliendo su deber en 2 ocasiones. Es por ello que el Comité también ha observado con preocupación la ausencia de información sobre las medidas concretas tomadas por España para dar seguimiento a sus dictámenes conforme al Protocolo Facultativo del Pacto³¹⁴.

Asimismo, el Gobierno ha declarado que,

“El Estado español no acierta a ver en qué medida entran dichas recomendaciones [del punto 9] dentro del mandato del Comité.”

El Gobierno español parece desconocer que el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* es el tratado rector en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos³¹⁵. El Pacto establece aquellos derechos absolutos o inderogables incluso en tiempos de guerra o de emergencia así como los límites que deben cumplir los Estados si quieren suspender temporalmente aquellos derechos que no lo son. El Comité, es por tanto, el órgano que deberá supervisar la aplicación del Pacto por los Estados Partes.

³⁰⁹ Ver Amnistía Internacional, España: Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad, op. cit.

³¹⁰ Punto 3° de la parte dispositiva del auto.

³¹¹ Asimismo, ver Amnistía Internacional, *Propuestas ampliadas de enmiendas al Proyecto de Ley (...)*, op. cit.

³¹² IV. Acción Exterior. Punto 1. ONU. Medida 4.

³¹³ Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, de 13 de enero de 2009.

³¹⁴ CCPR/C/ESP/CO/5/, de 27 de octubre de 2008, párrafo 8.

³¹⁵ Inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Respecto de las recomendaciones específicas del párrafo 9, el Gobierno español ha dicho que,

“El Estado español también quisiera resaltar que el Comité está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. Además, no sólo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es concedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley. Por estos motivos, el Estado español lamenta la inclusión de este punto en las observaciones del Comité, considerando que se han cometido disfunciones procesales en términos de (...) determinación de los hechos (desconocimiento del origen y significación social de la Ley de Amnistía).”

Como hemos analizado y explicado en los epígrafes 4 y 4.1 anteriores, para el derecho internacional, cualquier Estado que busca establecer la lógica del olvido estableciendo o manteniendo mecanismos de impunidad respecto a crímenes de derecho internacional, como las leyes de amnistía, se coloca fuera de la legalidad reconocida internacionalmente – que además forma parte del ordenamiento jurídico interno. El Gobierno desconoce por completo este extremo así como lo declarado por el mecanismo internacional relevante en la materia, como lo es el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o

Involuntarias, “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”³¹⁶.

Por último, en cuanto a la recomendación relativa a la indemnización de las víctimas, cabe tener en cuenta el reciente rechazo por parte del Senado el 11 de marzo de 2009 a la proposición de ley de modificación de la Ley de Memoria Histórica para que fuera el Gobierno el que asumiera las tareas de localización, exhumación, e identificación de restos, en lugar de “colaborar” o “facilitar” estas labores como establece dicha ley.

6. Conclusión

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 los Estados no pueden alegar sus normas internas para socavar o sustraerse a sus obligaciones internacionales. Así pues, los Estados tienen el deber de adaptar y ajustar su derecho nacional a las exigencias del derecho internacional para asegurar la plena y efectiva aplicación de tales normas y cumplir con las obligaciones contraídas en virtud del mismo.

La lucha contra la impunidad es un ámbito delicado y de gran resistencia por parte de Estados que apelan al olvido como forma de reconciliación. No hay reconciliación sin verdad, justicia y reparación los tres pilares sobre los que asentar el Estado de Derecho, incompatible con la impunidad.

³¹⁶ Grupo de Trabajo, Observación General del artículo 18 de la Declaración, párrafo 2, Doc. (E/CN.4/2006/56). Asimismo ver, Comisión de Derechos Humanos, 60º período de sesiones,

Resolución 2005/81, Véase cap. XVII, E/CN.4/2005/L.10/add.17, y caso *Barrios Altos*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2001, entre otras.