

# **Algunos comentarios críticos sobre los argumentos y conclusiones jurídico-internacionales del Tribunal Supremo español en la Sentencia de 27 de febrero de 2012**

Javier Chinchón Álvarez, Lydia Vicente Márquez y Alicia Moreno Pérez

**ARTÍCULO PUBLICADO EN: *Espacio Abierto-Revista del Centro de Investigación y Estudios Judiciales*, número 16/2012, páginas 105-118, (ISSN: 1688-5953).**

## **I. Planteamiento general.**

Tras un proceso que se ha dilatado prácticamente tres años, el Tribunal Supremo español (TS) dictó el 27 de febrero de 2012 sentencia en la Causa Especial 20048/2009; esto es, en el procedimiento seguido contra el Juez Baltasar Garzón, acusado de un delito de prevaricación al haberse declarado competente para investigar las denuncias que presentaron, a partir de finales de 2006, familiares y/o asociaciones de familiares de víctimas por crímenes cometidos durante la Guerra Civil española y el régimen franquista.

Mucho se ha escrito en torno a la actuación del Juez Garzón en aquella causa que abrió en el Juzgado Central de Instrucción N.º. 5 de la Audiencia Nacional, así como del en varios extremos, insólito proceso al que posteriormente se vio sometido el Juez ante el TS, con lo que en este breve texto nos centraremos en exponer algunos comentarios jurídico-internacionales respecto a la posición mantenida, y sobre todo los argumentos esgrimidos, por el TS en su sentencia de 27 de febrero.

A este respecto, conviene advertir de entrada que aunque finalmente el TS decidió absolver al Juez Garzón, su posición sobre las cuestiones de fondo mantiene en todas y cada una de las cuestiones en discusión, que el Juez Garzón se “equivocó” en la interpretación que defendió en sus resoluciones. Es decir, en una formulación más

condensada: la postura final del TS puede resumirse en que si las víctimas de los crímenes denunciados desean ver satisfechos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, los tribunales penales españoles nada tendrían que decir o aportar al respecto. Avancemos brevemente los argumentos principales del TS en este sentido:

1) Respecto de una de las demandas mayoritaria de las víctimas, el TS sostiene que “la búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria”, pero que “no forma parte del proceso penal” ni “corresponde al juez de instrucción”. En otras palabras, que conocer la verdad de lo ocurrido y la suerte de los desaparecidos no es algo, en sí mismo, propio al proceso penal y/o a sus fines en España. En este punto, el TS añade que tal labor “corresponde al Estado a través de otros organismos”, aunque parece olvidar, o quiere olvidar, que las víctimas de todos estos crímenes acudieron a la Justicia también o precisamente porque ningún “organismo” del Estado había atendido sus demandas durante décadas.

2) La sentencia mantiene, a partir de una restrictiva interpretación del principio de legalidad penal, que los hechos denunciados no pueden ser considerados “crímenes contra la humanidad” en los años que se cometieron. Ello porque a su juicio, “el cuerpo normativo que conformaba la legalidad penal internacional no estaba vigente al tiempo de la comisión de los hechos.” Tampoco entiende que pueda acudir al “elemento de contexto” en este caso, en la línea en que sí fue posible en la sentencia del mismo TS en la causa contra Adolfo Scilingo.

3) La sentencia rechaza también la posibilidad de que los hechos denunciados –en esencia y según los denunciantes ante la Audiencia Nacional, delitos de desaparición forzada de personas- tengan carácter permanente. Sostiene el TS que “la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica”.

4) En consecuencia, el TS concluye que todos los crímenes denunciados están prescritos.

5) Igualmente, la sentencia afirma que la Ley española de Amnistía de 1977 es plenamente aplicable a los hechos denunciados. Y en este punto, de un lado ofrece una suerte de argumentación que subraya que esta Ley fue fruto de un gran consenso durante la transición, concluyendo al respecto que “precisamente, porque la transición fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal,

en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso”. De otro lado, sostiene que si bien una ley como la española “puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho”, los compromisos internacionales que España adoptó en este sentido sólo serían aplicables a violaciones de los derechos humanos cometidas después de 1977 (con la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y aunque ésta se produjese, en fin, antes de aprobarse la Ley de Amnistía española).

En suma y a nuestro entender, vaya por delante que el TS no sólo en las soluciones adoptadas, sino especialmente en los argumentos que ha utilizado para ello, se ha mostrado en esta sentencia totalmente refractario a cualquier consideración fundada, a cualquier aplicación y a toda interpretación normativa acorde con el Derecho internacional, en general, y en particular con el Derecho internacional de los derechos humanos.

En las próximas páginas examinaremos en mayor detalle algunos de los puntos clave que vendrían a sostener lo que acabamos de plantear con carácter general. Escogiendo para tal labor y por motivos de espacio, la posición mantenida por el TS respecto a la caracterización de los hechos denunciados como crímenes contra la humanidad, así como desaparición forzada de personas; pues es en torno a estas cuestiones sobre las que el TS fundamenta y articula todo su posicionamiento.

## **II. Primera prueba de cargo: La “contextualización” de los hechos como crímenes contra la humanidad.**

El punto de partida de toda la argumentación del TS es, en sus propias palabras, que “existe un error en la tipificación de los hechos que, como consecuencia del mismo, arrastra otros.” A este respecto, el TS afirma que en su razonar se mantiene plenamente en la interpretación del principio de legalidad penal (concepto, calificación y “contextualización” de los hechos como crímenes contra la humanidad) que defendió en la sentencia de 1 de octubre de 2007 en el conocido como *caso Scilingo*. Sin embargo, en esta sentencia el TS ha incorporado notables novedades; de hecho, su actual posición

supone un nuevo paso (o retroceso) respecto de lo que en su momento sostuvo para afirmar la jurisdicción de España sobre los crímenes cometidos durante la dictadura argentina.

La tesis fundamental del TS en este punto puede resumirse en que para perseguir penalmente los distintos crímenes de derecho internacional en España (en este punto y en concreto, los crímenes contra la humanidad) era y es “necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales”. No nos detendremos aquí y ahora en el debate en torno al principio de legalidad penal; baste apuntar que como es sabido, esta interpretación descarta las posibilidades que reconocen normas como el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas, o el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH); rechazando igualmente la viabilidad en España de lo resuelto por múltiples tribunales (nacionales e internacionales) que han apostado por una tesis diferente a la del TS.

Sin embargo, hay que destacar que en aquella sentencia de 2007 en el *caso Scilingo*, el propio TS sostenía algo más, que podemos condensar en este párrafo:

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

En virtud de este razonamiento, en aquella oportunidad se sostuvo con claridad que los crímenes que perpetró Adolfo Scilingo fueron, en resumen, delitos ordinarios

cometidos en el “contexto de crímenes contra la humanidad”; considerados, en este sentido, como “como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal”. Y a partir de aquí, en aquella sentencia se aplicaron a esos hechos una serie de consecuencias o “efectos” propios de los crímenes contra la humanidad, en los siguientes términos:

“... la contextualización de los hechos en los delitos contra la humanidad permite un efecto procesal, la perseguibilidad internacional, y otro que atiende a las facultades de individualización de la pena, sin permitir una nueva tipicidad”.

Sin embargo, en este caso el TS va a señalar algo, si se quiere, novedoso. En la sentencia se comienza reiterando, de hecho como hizo el mismo Juez Garzón, que el tipo penal de los crímenes contra la humanidad no puede, a su entender, aplicarse a los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo, en tanto que en el momento en que se cometieron no estaba recogido en el Código Penal español; pero da un paso más respecto de lo mantenido en el *caso Scilingo*, para sostener, ahora, que tampoco puede ser de aplicación ni el concepto mismo de crímenes contra la humanidad, ni tampoco, en consecuencia, el “elemento de contexto de crímenes contra la humanidad”; como sí defendió el Juez Garzón siguiendo la doctrina del propio TS en el *caso Scilingo*.

Entiende el TS a este respecto, que en relación con el caso que nos ocupa no se satisfaría la exigencia de previsibilidad y accesibilidad; no existía, en fin, conocimiento alguno del concepto mismo de “crímenes contra la humanidad” durante todo el período que abarcaba la investigación del Juez Garzón. Esto es, por resumir, que en España hasta cuanto menos el año 1952, el mero concepto de “crímenes contra la humanidad” era algo absolutamente extraño, desconocido e imprevisible (penalmente). El TS no ofrece en su sentencia explicación clara acerca de cuál sería el hecho o circunstancia, cuál sería la fecha a partir de la que a su entender, pudiera afirmarse que en España se habría tenido noticia de la existencia (conceptual al menos) de los crímenes contra la humanidad; tan sólo nos indica que sostener cualquier fecha anterior a cuanto menos 1952 es “erróneo”. La pregunta inmediata es: ¿por qué?

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

“... la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos. En este sentido, deben ser tenidos en cuenta especialmente (...) el Acuerdo de Londres y el Estatuto de Nuremberg, que ya consideraron crímenes contra la Humanidad el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal; la Convención para la prevención y represión del genocidio...”.

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

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

Así, el TS nada dice sobre el concepto o caracteres (históricos) de los crímenes contra la humanidad, nada acerca de si la figura, como tal, sería o no de aplicación a una experiencia como la española; lo único que nos indica es que según interpreta la sentencia que cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los procesos en cuestión fue adecuado invocar, al menos, el concepto de “crímenes contra la humanidad” en tanto que Rusia (la URSS en realidad) participó en la redacción de los principios de Nuremberg, así como por su pertenencia a las Naciones Unidas que “definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946”. Lo que no nos dice, pero está afirmando, es que como España ni participó en la redacción de esos “principios de Nuremberg”, ni era parte

de las Naciones Unidas aquel año, lo que contenían esos documentos está fuera de toda lógica que fuera aplicable a España, ya que le era absolutamente “desconocido” (para el propio Estado y para los perpetradores). “Desconocido”, cuanto menos, siguiendo la lógica del TS, hasta después de 1952.

Añadamos que probablemente para reforzar la tesis que pretende sustentar, el TS señala también que en esta sentencia el TEDH argumenta “partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron”.

Una posición de este cariz aconseja, cuanto menos, dos últimos comentarios para poder valorarla completamente:

A) El primero, ¿qué es lo que realmente dijo el TEDH en aquella sentencia? Nada mejor que citar el párrafo 6 de sus Fundamentos de Derecho:

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

El TEDH considera, en fin, que los Principios de Nuremberg son de “validez universal”, y por ello, sus efectos no pueden circunscribirse únicamente a “ciertos países”. Ésta y no otra es pues la premisa de la que parte el TEDH, ya que pese a lo que afirma el TS, no es sino tres párrafos después cuando el TEDH menciona la pertenencia de la URSS a la Asamblea General de las Naciones Unidas; de hecho, cuando está argumentando en torno a una cuestión distinta, como es que lo anterior sería así aplicable “incluso (si) los actos cometidos por los demandantes (pudieran) haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces”. De esta manera, para el TS el contenido de la Resolución (I) del 11 de diciembre de 1946, así como la codificación

posterior de la Comisión de Derecho Internacional bajo el rótulo de “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”, cuya validez universal destaca el TEDH, serían textos cuyo contenido no es que sea o no sea aplicable a la experiencia española, como podría resultar legítimo discutir, sino que sencillamente es que su contenido era y es, nos dice, absolutamente irrelevante y desconocido si de España hablamos. Salta a la vista pues, que siguiendo la lógica que expone el TS, el TEDH debió entonces “equivocarse”; tuvo en fin que “errar”, al afirmar la validez universal de los principios señalados.

B) Aclarados los términos exactos en que se manifestó el TEDH en la sentencia expresamente invocada por el TS como argumento fundamental de lo que mantiene, conviene que nos detengamos ahora un instante en la posición de fondo que pretende sostener el TS. En esencia, que para que la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas citada, así como el documento referido de la Comisión de Derecho Internacional, tuvieran algún valor o incidencia en relación con España hubiera sido necesario que España fuese parte de las Naciones Unidas o hubiera participado en su redacción. La pregunta es de nuevo, ¿por qué? El TS con seguridad conoce que ninguno de esos documentos, en sí mismos, tiene naturaleza o fuerza jurídica vinculantes. No se trata de una especie de tratados internacionales en los que se requeriría que, en este caso España, hubiera manifestado su consentimiento en obligarse. Ambos documentos son textos de naturaleza codificadora, en sentido estricto o como medio de cristalización, esto es, su finalidad no es otra que recoger (por escrito) una costumbre internacional; ésta sí jurídicamente vinculante. Y en este punto, es evidente, una costumbre internacional general, es decir, vinculante para todos los Estados salvo aquellos que siempre se hubieran opuesto a la misma, los conocidos técnicamente como “objeto persistentes”. Dicho de otro modo, estas normas consuetudinarias en caso alguno vincularían solamente a los Estados que hubieran participado en su formación; posición sólo sostenible si se tratase de una costumbre internacional local, lo que es obvio de ningún modo es el caso.

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



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

### **III. Segunda prueba de cargo: la naturaleza de los hechos, individualmente considerados, que se denunciaron ante la Audiencia Nacional. La desaparición forzada de personas.**

En relación con esta segunda cuestión escogida, el TS se refiere desde el inicio de la sentencia a “la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento”, y aunque reconoce la demanda de las víctimas de tutela (judicial) como legítima, no obstante afirma que:

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

Conviene apuntar que, en realidad, el TS aquí parece estar haciendo abstracción del literal de las denuncias y sobre todo de las declaraciones de los testigos durante el juicio, quienes claramente mantuvieron que lo que buscaban las víctimas acudiendo a la vía penal era que se indagaran unos hechos delictivos nunca antes investigados penalmente en España, establecer las responsabilidades penales, y obtener reparación. Así formulada, esta petición de las víctimas es perfectamente acorde con el contenido que para el Derecho internacional de los derechos humanos presenta el deber del Estado de

investigar graves violaciones de los derechos humanos. De hecho, a este respecto conviene recordar que la general obligación de los Estados de investigar tiene como objetivos tanto revelar la verdad y las circunstancias en las que se cometieron los hechos, como el de identificar, procesar y sancionar en su caso a los responsables, así como reparar a las víctimas. Todos ellos concurren en el derecho a la justicia, a la tutela judicial, a interponer un recurso efectivo, por lo que el cauce natural para hacer efectiva esta obligación no es otro que el de los órganos de justicia, como órganos del Estado que son.

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

En este sentido, y como marco fundamental, conviene recordar el Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, aprobado por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI) en 2010. En su Preámbulo se afirma que:

“[l]a existencia del derecho a la verdad en el derecho internacional está aceptada por la práctica de los Estados que incluye tanto la jurisprudencia como el establecimiento de diversos

mecanismos que buscan la verdad (...). Esos mecanismos incluyen la instrucción de causas penales”, y que “la reconciliación entre el Estado y las víctimas de desapariciones forzadas no puede tener lugar sin el esclarecimiento de todos los casos individuales”.

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

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

Salta a la vista pues que lo que recoge, afirma y subraya el GTDFI nos ofrece una aproximación a la cuestión debatida muy diferente a la escogida por el TS. Y en este punto, es importante destacar que el GTDFI expresamente tiene reconocidos varios casos de desaparición forzada de personas que tuvieron lugar (comenzaron) en España a mediados de la década de 1940.

Ahora bien, sentando lo anterior y dando un paso más en los argumentos esgrimidos por el TS, respecto del “delito de detención ilegal sin dar razón del paradero”, el TS afirma que el mismo no estaba vigente –no existía- hasta el Código Penal de 1944. Como ha puesto de relieve el GTDFI en un documento publicado en 2010 sobre las “Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas”, la detención ilegal puede “formar parte de un tipo de desaparición forzada”, pero que no es “suficiente para abarcar todos los elementos constitutivos de esa figura delictiva” conforme al Derecho internacional; resultando además que “la ausencia de una figura penal separada no exime a los Estados de investigar y castigar los actos de desaparición forzada”.

Sobre la “permanencia” del delito, el TS afirma que “no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica”, y añade que “[n]o es razonable argumentar que un detenido

ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años”. Volvamos aquí al informe del GTDFI de 2010 para mejor comprender y comparar las posiciones discutidas. Para el GTDFI “toda desaparición forzada comienza por la privación de libertad de la víctima”; “[c]onforme a la definición de desapariciones forzadas que figura en la Declaración, el delito en cuestión comienza con el arresto, detención o traslado contra su voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal” (en el mismo sentido puede consultarse el Comentario General sobre la Definición de Desapariciones Forzadas (2007)). Por esta razón, la desaparición forzada constituye desde luego algo más que una simple u ordinaria detención ilegal, y la aplicación por vía de la analogía interna de la detención ilegal es “imperfecta” e insuficiente, pero al menos, permite o facilita su aplicación a los actos de desaparición forzada. Debiendo recordar aquí también que para el Derecho internacional, otro elemento constitutivo del delito es “la negativa a reconocer la privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida”, lo que en el Código Penal español se habría descrito entonces como “sin dar razón de paradero”.

Si del ámbito del GTDFI (ONU) pasamos ahora al sistema europeo de protección de derechos humanos, el TS tampoco parece compartir la jurisprudencia del TEDH en este punto. En lo que ahora nos ocupa, y a parte el contenido del artículo 5 del CEDH, el TEDH ha venido estableciendo el derecho a la vida (art. 2) junto con la prohibición de la tortura (art. 3) como los pilares y valores básicos del CEDH. La obligación de investigar (en su vertiente procesal) derivaría de la obligación (positiva) de proteger, respetar y asegurar (art.1) el derecho a la vida (dimensión sustantiva o material). Ello ha permitido al TEDH aplicar en materia de desapariciones forzadas la mayor protección del derecho a la vida; sin olvidar su clara jurisprudencia respecto a que cuando concurren varias circunstancias, como un estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como directamente haber intentado obtener información sobre la suerte del desaparecido, y singularmente la ausencia de reacción y/o respuesta, y la actitud consiguiente, de las autoridades estatales competentes ante tales

demandas, una desaparición forzada supone también la conculcación del contenido del artículo 3 CEDH.

Así, la detención/desaparición por fuerzas de seguridad y policiales en circunstancias amenazantes para la vida genera la obligación de investigar para clarificar los hechos y el paradero de la persona desaparecida. El TEDH, en la sentencia de la Gran Sala en el caso *Varnava y otros c. Turquía* de 18 de septiembre de 2009 concluyó en este sentido que “la continuada ausencia de investigación debida se considerará una violación continuada, incluso cuando la muerte pudiera eventualmente presumirse”. En concreto, el TEDH indicó en esta importante decisión que:

“... la falta de una investigación efectiva es, en sí misma, lo principal en cuanto a la violación alegada. Tiene su propio y diferente ámbito de aplicación que puede llegar a funcionar con independencia de la dimensión sustantiva del artículo 2 (derecho a la vida) relativa a la responsabilidad del Estado por cualquier muerte ilegal o desaparición en circunstancias amenazantes para la vida. (...) El Tribunal (...) clarificó que la obligación procesal de llevar a cabo una investigación sobre las muertes, bajo el artículo 2, había evolucionado en su propia jurisprudencia hacia una obligación separada y autónoma; que podría considerarse capaz de obligar a los Estados incluso cuando la muerte tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Convención. (...) El Tribunal recuerda que la obligación procesal prevista en el artículo 2 de investigar cuando ha habido una muerte sospechosa o ilícita se ve impulsada, en la mayoría de los casos, por el descubrimiento del cuerpo o por la constatación de la muerte. En lo que respecta a desapariciones en circunstancias amenazantes para la vida, la obligación procesal de investigar apenas puede terminar con el descubrimiento del cuerpo o la presunción de muerte; esto tan sólo arroja luz sobre un aspecto de la suerte de la persona desaparecida. La obligación de dar cuenta sobre la desaparición y la muerte, así como identificar y perseguir a los perpetradores de actos ilícitos, generalmente perdura. (...) El Tribunal por tanto concluye que incluso cuando el transcurso de un lapso de tiempo de más de 34 años sin ninguna noticia de las personas desaparecidas puede suponer una prueba circunstancial fuerte de que las personas han podido morir, esto no elimina la obligación procesal de investigar. (...) El Tribunal enfatiza que (...) la obligación procesal bajo el artículo 2 que surge en relación con las desapariciones opera de manera independiente de la obligación sustantiva. Recuerda que la Corte Inter-americana, y hasta cierto punto el Comité de Derechos Humanos, aplican el mismo enfoque al aspecto procesal de las desapariciones cuando examinan alegaciones de denegación de justicia o falta de protección judicial incluso cuando la desaparición ocurrió antes del reconocimiento de su jurisdicción. (...) No obstante, hay una importante diferencia que debe extraerse de la jurisprudencia del Tribunal entre la obligación de investigar cuando ha habido la sospecha de una muerte y la obligación de investigar cuando ha habido la sospecha de una desaparición. Una desaparición es un fenómeno distinto, caracterizado por una situación continuada de incertidumbre y de falta de responsabilidad en la que se da una falta de información o incluso una ocultación deliberada y confusión sobre lo ocurrido (...). Esta situación frecuentemente se extiende en el tiempo, prolongando el tormento de los familiares de la víctima. Por ello, no puede decirse que una desaparición es, simplemente, un acto o evento instantáneo; el elemento adicional y distintivo de la posterior falta de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a una situación continuada. Por tanto, la obligación procesal persiste, potencialmente, todo el

tiempo que continúa sin aclararse la suerte de la persona; la continuada ausencia de investigación debida se considerará una violación continuada, incluso cuando la muerte pudiera eventualmente presumirse/deducirse.” (párrafos 136, 138, 145-148, traducción libre)

En consecuencia, el hecho de que la persona detenida y desaparecida hubiera muerto a continuación de forma violenta no afecta en absoluto la consideración del hecho delictivo como una desaparición forzada; son dos crímenes, si se quiere, separados y distintos, pero cuya concurrencia no es excluyente. Como ha afirmado el GTDFI en su Comentario General sobre la Definición de Desapariciones Forzadas:

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

La permanencia no es, por tanto y en fin, como tajantemente afirma el TS una “construcción” ilógica, sino que es algo consustancial a la propia naturaleza de la desaparición forzada que puede venir seguida, las más de las veces, de una ejecución extrajudicial. Recordemos a este respecto también lo manifestado en 2010 por el GTDFI en su Comentario General sobre la Desaparición Forzada como Delito Continuado:

“[L]as desapariciones forzadas son prototípicos actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo en que el crimen tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información relativa a la suerte o al paradero de la persona desaparecida. (...) Aun cuando varios aspectos de la violación puedan haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento nacional o internacional pertinente, si otras partes de la violación persisten, y mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso y no deberá fragmentarse el acto. Así pues, cuando la desaparición forzada se inició antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que un Estado determinado aceptase la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición continúe tras la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción atribuye a la institución la competencia y la jurisdicción para entender del caso de desaparición forzada en su conjunto y no sólo de los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción (...) como consecuencia del carácter continuo de la desaparición forzada, es posible condenar a una persona por la desaparición sobre la base de un instrumento jurídico promulgado después de que comenzara la desaparición forzada no obstante el principio fundamental de no retroactividad”.

De igual manera, frente a la interpretación del TS, la naturaleza continuada de las desapariciones forzadas no busca “sustraer[r el delito] a las normas de prescripción”, sino todo lo contrario, y precisamente en línea con el objeto del proceso penal: que los responsables de tales actos comparezcan ante la justicia. Si el desaparecido no ha sido

hallado (ni vivo ni muerto), ni nadie ha dado razón definitiva de su paradero, el hecho ilícito subsiste por mucho que se presuma su muerte violenta. En el Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración (relativo a la naturaleza permanente del delito) aprobado en 2000, el GTDFI establece claramente que:

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

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

“[l]a indicación de que los casos de desaparición forzada no prescriben constituye una garantía contra la impunidad. Así debe establecerse siempre cuando el delito se comete en un contexto en el que constituye un crimen de lesa humanidad. En otros casos, si los Estados deciden establecer plazos de prescripción, debe disponerse claramente en la legislación nacional que esos plazos no empezarán a contar hasta que se esclarezca la suerte o el paradero de las víctimas.”

De forma que el GTDFI considera “mejores prácticas [las de los] Estados en los que las desapariciones forzadas no están sujetas a prescripción”. Añadiendo que en el caso de aquellos Estados en cuyas legislaciones se establecen plazos de prescripción, supone la “mejor práctica” aquella “consistente en interpretar la prescripción a la luz del principio por el que la desaparición forzada constituye un delito permanente, lo que entraña que el plazo de prescripción sólo empieza a contar a partir del momento en que deja de cometerse el delito”.

Igualmente, el GTDFI ha observado, precisamente basándose en el concepto de “situación permanente”, que en la medida en que la desaparición se comete de manera continua y prolongada, su investigación es posible incluso en el contexto de amnistías. Este argumento, de hecho, fue uno de los utilizados por el Juez Garzón; y rechazado por el TS por considerarlo “erróneo”. En el Comentario General sobre el artículo 18 de la Declaración (2005, relativo a las amnistías), el GTDFI ha afirmado con claridad que:

“[se] considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración, aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos: a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones (...); c) Ocultar el nombre de quienes hayan perpetrado una desaparición, violando así el derecho a la verdad y la información (...); d) Exonerar a quienes hayan perpetrado

desapariciones o tratarlos como si no hubieran cometido tales actos (...); e) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes para que ampare a los responsables el derecho de no ser juzgados dos veces por el mismo delito, lo que de hecho conduciría a la impunidad...”.

A este respecto, recordar entre otros muchos ejemplos, ninguno mejor que el de la ley de amnistía uruguaya (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado), no sólo aprobada por el legislador al uso, sino incluso por referendo popular; lo que, como es lógico, no obstó para que amén de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos expresara:

“... su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas”.

En definitiva, con lo que sumariamente hemos señalado, no parece exagerado cerrar este segundo apartado afirmando que aunque el TS hace referencia a lo largo de su sentencia a la “fuerza expansiva” de los derechos humanos, claro es que su elección en esta oportunidad ha sido situarse en el lado opuesto, en el “menos expansivo” si se prefiere.

#### **IV. Conclusión.**

A la luz de todo lo anterior, podemos volver a la afirmación que apuntamos al comienzo, para dotar de pleno sentido a lo que avanzamos. No sólo en las soluciones adoptadas por la sentencia en los aspectos comentados, sino también y muy especialmente en sus argumentos, el TS se ha mostrado totalmente refractario a cualquier consideración fundada, a cualquier aplicación y a toda interpretación normativa acorde con el Derecho internacional, en general, y con el Derecho internacional de los derechos humanos, en particular. Y añadamos ahora que pese a que el TS en su sentencia



argumenta que “la normativa internacional de protección de los derechos humanos, en permanente discusión, está propiciando importantes debates jurídicos que impiden hoy un pronunciamiento categórico sobre su extensión”, lo cierto es que como acabamos de ver, el TS sí se ha manifestado categóricamente: según su interpretación del Derecho aplicable, ninguna “normativa internacional de protección de los derechos humanos” es jurídicamente pertinente en cuanto a la investigación judicial en España de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo. Aun más, a juicio del TS tal investigación (penal) judicial es sencillamente impensable e imposible en España.

En suma, reiteremos que por mucho que el TS se refiera a la “fuerza expansiva” de los derechos humanos, en esta sentencia finalmente se ha sustentado en una interpretación normativa que, de hecho o de Derecho, la descarta de plano, tachando de “equivocado”, de hecho y de Derecho, a aquel que sí se apoyó y (quizá la próxima vez también como prevaricador al que se) apoye en ella. No obstante, como hemos venido exponiendo esta “fuerza expansiva” evidentemente existe, y no de ahora, sino desde hace décadas, y lo que está teniendo lugar es su constante desarrollo y evolución a la luz de los cambios en la realidad con un único y claro objetivo: proteger más y de forma más efectiva a las víctimas.