

JOAN  
EBC/OS

**AUDIENCIA NACIONAL  
SALA DE LO PENAL  
SECCIÓN SEGUNDA**

N.I.G.: 28079 27 2 2006 0010050

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 247/2011  
PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 399/2006  
ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 5

**P R O V I D E N C I A**

**MAGISTRADOS**

Ilmos. Sres.

D. **ÁNGEL HURTADO ADRIÁN**  
D. **JULIO DE DIEGO LOPEZ**  
D. **JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA**  
D<sup>a</sup> **CLARA BAYARRI GARCÍA**

En Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil trece.

Dada cuenta y visto el estado de las actuaciones, por la Sección se acuerda la conveniencia de avocar al Pleno la resolución de la presente apelación, vistos los antecedentes y al tratarse de cuestión resuelta con anterioridad por el Pleno de la Sala de lo Penal por auto de fecha 2 de diciembre de 2008, y asimismo vistos los informes emitidos por el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas y por el Comité de Desapariciones Forzadas, ambos de Naciones Unidas.

Se adjunta el informe-propuesta efectuado por el Magistrado Ponente.

Así lo acuerdan los Sres. Magistrados anotados al margen y rubrica el Sr. Presidente, de lo que doy fe.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

**INFORME- PROPUESTA QUE EFECTUA EL MAGISTRADO JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA PARA QUE SEA EL PLENO DE LA SALA QUIEN RESUELVAN EL RECURSO DE APELACION CONTRA AUTOS ROLLO N° 247/2011 DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO PENAL. PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 399/2006 DEL JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION n° 5.-**

**I.- ANTECEDENTES.-** Se trata de la resolución de un recurso de apelación interpuesto por los Procuradores de los Tribunales don Miguel Angel Ayuso Morales, don Rafael Silva López, y doña María José Millán Valero, por: **AMESDE; D<sup>a</sup> Carmen Negrín Fetter; y la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica** contra autos del Juzgado Central de Instrucción n° 5 de esta Audiencia Nacional, encontrándose en este momento en trámite de resolución de dicho recurso.

Plantean los recurrentes que la competencia para la investigación de los hechos corresponde al JCI n° 5. Argumentan que, después de lo decidido en Auto del Pleno de 02.12.2008, se han producido circunstancias relevantes posteriores -la entrada en vigor de normas sustantivas y procesales, singularmente la Convención Internacional sobre desapariciones forzadas- que justifican el mantenimiento de la competencia para la investigación de los hechos en favor de dicho JCI n° 5.

**II.- PLANTEAMIENTO QUE SE HACE AL PLENO.-** Se propone que sea el Pleno de la Sala de lo Penal quien resuelva el presente recurso y, que de acuerdo con la provisión contenida en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), quien decida iniciar los trámites del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el planteamiento de cuestión de constitucional en relación con los artículos primero y segundo de la Ley de Amnistía (Ley 46/1977 de 15 de octubre), lo que estimamos resulta imprescindible para la resolución del recurso.

**III.- CONSIDERACIONES REFERIDAS A TEMAS JURÍDICOS RELEVANTES JUSTIFICATIVAS DE LA NECESIDAD DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

**PRIMERO.- CARÁCTER PURAMENTE PROVISIONAL DE LA FIJACION DE LA COMPETENCIA OBJETIVA.** Esto es especialmente predicable, dentro del orden judicial penal, respecto a la distribución de asuntos por razón de la materia o especialización del tribunal. Es así, porque la competencia depende en general de elementos fácticos variables y por la propia tensión que provocan los tipos penales en relación a los hechos a que se refieren. La fijación realizada en la fase inicial del proceso debe estar en permanente revisión, mas cuando se tratan de hechos consistentes en conductas masivas y sistemáticas como las que se refiere el presente.

Así lo ha establecido reiteradamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo: *"la competencia es la medida de la jurisdicción de cada juzgado"* (STS 12.07 2013), y esta no queda consolidada hasta el momento en que se fija mediante el auto de apertura del juicio oral (entre otras muchas ATS 20790/2012 de 30 de enero de 2013, que cita múltiples anteriores de la misma Sala).

En el asunto presente nos encontramos con que: se está en las etapas iniciales del procedimiento; se ha hecho por la parte alegación expresa de haber variado determinadas circunstancias fácticas y jurídicas relevantes, singularmente la entrada en vigor en derecho interno de determinadas normas jurídicas internacionales -convenios internacionales ratificados por España, y posteriormente publicados-, en concreto el Convenio Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecho en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, firmado y ratificado por España y publicado en el BOE de 18.02.2011, que junto con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, proclamada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18.12. 1992, como conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados, que son normas internacionales sobre desapariciones forzadas vigentes en el ámbito interno español; existen recientes dictámenes de mecanismos internacionales de Naciones Unidas de vigilancia de la correcta aplicación

de dichas normas – Comité contra las Desapariciones Forzadas, que exhorta al Estado español a que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado denuncia formal y que se adopten las medidas necesarias, incluso judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía y en el mismo sentido el Grupo de Trabajo de desapariciones forzadas que ha expresado su parecer respecto de lo que considera una ausencia o insuficiente análisis de la compatibilidad de la normativa y práctica interna española con las obligaciones internacionales del Estado y por tal hace un llamado a la judicatura española a realizar un uso consistente de la Declaración y de otros instrumentos internacionales relevantes- ; por último, que la competencia de los tribunales es materia de orden público y derecho necesario, y el replanteamiento de ésta, de existir motivo para ello, debe realizarse incluso de oficio.

**SEGUNDO.- EL AUTO DE 28.03.2012 DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO.** Las recientes situaciones fácticas y jurídicas que apuntamos requieren de la necesaria atención y afectan directamente a la vigencia actual del Auto de 28.03.2012 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por el que resolvió, bajo determinadas premisas que ya no se dan, una cuestión negativa de competencia planteada por un juzgado de instrucción sobre el mismo tema.

Los pronunciamientos que se contienen en dicho Auto, y así se dice expresamente en el mismo, están fuertemente vinculados argumentalmente con la situación resuelta en la precedente Sentencia nº 101/2012 de 27 de febrero de la misma Sala Segunda, que era absolutoria de la acusación por delito de prevaricación mantenida contra el juez que inició la instrucción de la causa y están sin duda condicionados por el debate suscitado en torno a la corrección del actuar de dicho juez a lo largo del proceso. El Auto de 28.03.2012 hace diversas consideraciones,

provenientes de la STS 101/2012, respecto a que el juez no perseguía la incoación de un proceso penal, sino más bien la satisfacción del derecho a saber de las víctimas: *"desde las denuncias, y quizá también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a de la responsabilidad penal contra 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 trámite falleció"*. También se pronuncia sobre la calificación jurídica de los hechos y del respeto debido al principio de legalidad penal, concluyendo en el sentido de que, a tenor de la calificación jurídica que considera aplicable, los hechos estarían prescritos, por lo que no serían ya perseguibles. Estima que en todo caso sería de aplicación la Ley de amnistía de 1977. Por todo ello excluye la posibilidad, en general, de llevar a cabo el enjuiciamiento penal de improbables autores vivos de los hechos, sin tampoco la posibilidad de canalizar los legítimas pretensiones de las víctimas hacia un proceso penal ni llegar a concretarse en declaraciones de responsabilidad *ex delicto* ( FJ cuarto).

No obstante - se dice en la misma resolución-*"..esto no será obstáculo para que, en presencia de indicios objetivables de la existencia de restos de posibles víctimas de delitos susceptibles de localización -salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible-puede instarse del juez competente según el artículo 14.2 de la LEcrim. la práctica de las diligencias dirigidas al adoptar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho"*.

El pronunciamiento que hace el Auto de la Sala Segunda se refiere solo a esta clase de actuaciones judiciales puramente residuales que deja bajo la competencia del juez territorial, al descartar la posibilidad de que pueda hacerse una verdadera investigación criminal de crímenes contra la humanidad.

En las Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España publicadas el 30 de septiembre de 2013 se hace expresamente constar que: *"El Tribunal Supremo en sus sentencias de absolución y competencia estableció expresamente que no procede la investigación penal por casos de desapariciones forzadas dado que los casos estarían prescriptos, los presuntos responsables estarían muertos, el carácter continuado de las desapariciones sería una ficción inaceptable jurídicamente y, de todas maneras, sería aplicable a ellos la Ley de Amnistía de 1997. A criterio del Grupo de Trabajo, esta combinación de factores es contraria a los principios que emergen de las obligaciones internacionales de España, incluida la Declaración."*

**TERCERO.- ANÁLISIS ACTUALIZADO DE LAS SITUACIONES.** Los temas que se suscitan en el Auto 28.03.2012, determinantes en aquel momento del rechazo de llevar a cabo una persecución penal, por razón de imposibilidad material y jurídica, requieren de un análisis actualizado. En primer lugar, cabe decir que, dado el amplio ámbito temporal de la investigación, no es totalmente descartable la existencia de personas posibles responsables penales susceptible de persecución penal. Recientemente, en el marco de la investigación que por los mismos hechos se lleva a cabo en un juzgado de Buenos Aires (Argentina), ejerciendo la jurisdicción universal prevista en su derecho, se ha llevado a cabo la imputación penal de varias personas, e incluso librado la correspondiente orden internacional de detención, dando lugar a varios procedimientos de extradición que se encuentran en fase judicial ante el mismo JCI nº 5, recientemente elevado a la Sala para sus resolución. No procede aquí prejuzgar ninguna situación, pero aparece que los hechos concretos que se imputan lo serían como parte de un actuar masivo, colectivo y sistemático. Aunque no se referirían a situaciones calificables de desapariciones forzadas, determinados temas jurídicos que se plantean en los indicados procedimientos de extradición serían comunes con los aquí se suscitan y requerirían de un tratamiento y solución uniforme.

Por otro lado, en este procedimiento, en el que indiciariamente si se darían situaciones de desapariciones forzadas, las obligaciones de investigar no prescriben, como tampoco cesarían las situaciones hasta que la persona aparezca con vida, se encuentren sus restos o se restituya su identidad (Observaciones finales del Comité sobre el informe presentado por España en virtud del art 29, párrafo 1, de la Convención sobre Desapariciones Forzadas- párrafo 12-. En el mismo sentido el TEDH en el caso *Varnava y otros c. Turquía* (GS) que indica que la posterior falta de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a un hecho continuado).

#### **CUARTO.- VIABILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL SEGÚN CRITERIOS ACTUALES. HECHOS INVESTIGADOS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA QUE MERECE.**

Los hechos consisten en una multitud - varias decenas de miles- de episodios de asesinatos, muertes, detenciones ilegales y arbitrarias, temporales, y desapariciones forzadas de numerosísimas personas civiles, de las que en muchos casos nunca se han obtenido noticias de su paradero, que además en ocasiones fueron objeto de maltratos y tortura, además del despojo de sus bienes, incluso de sustracción de menores de edad de sus padres biológicos para su entrega a otras personas, todo ello por razones políticas, ideológicas, incluso sociales, realizado de forma sistemática, masiva y generalizada respecto a un concreto sector o parte de la población civil, siendo estas acciones en algunos casos realizadas por sus autores desde las instituciones públicas, con aquiescencia de los poderes del Estado, en otros casos alentadas o protegidos por ellos, en muchos casos por bandas o grupos armados incluso de carácter paramilitar, todos ellos acaecidos tras el golpe de estado de 1936, que acabó con el sistema político-constitucional vigente en el momento, durante la Guerra civil y la dictadura hasta el advenimiento final de la democracia. El número de víctimas de desapariciones forzadas del 17 de julio 1936 a diciembre 1951 según la investigación llevada a cabo por el JCI nº 5 ascendería a 114.226 personas. En la misma resolución del

juzgado se menciona 30.960 casos de sustracción de menores de sus padres para su entrega a otras familias.

La calificación jurídica que sin duda alguna merecen en derecho penal internacional es la de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, cometidos a través de un sin número de actos subyacentes, tales como asesinatos, desapariciones forzadas, actos de terrorismo, torturas, detenciones ilegales, etc.

Esta calificación internacional lo sería independientemente de la fecha de producción de los hechos, inicialmente, a través del derecho internacional penal consuetudinario, y posteriormente, por el estatutario, tras haber cristalizado y haberse positivizado, de los convenios internacionales y Estatuto de los Tribunales Internacionales "ad hoc" y de la Corte Penal Internacional. Como consecuencia de ello, estos delitos serían imprescriptibles y susceptibles de persecución internacional, bien a través de un tribunal internacional o en otro caso, por el de cualquier otro Estado, por medio de la jurisdicción universal.

Existe un debate doctrinal abierto en nuestro derecho sobre la forma en cómo debe operar el derecho penal internacional en el ámbito interno, que oscila desde los sectores que propugnan su aplicabilidad directa e inmediata a aquellas otras posturas diametralmente opuestas, pasando por las intermedias, sobre las que existe un mayor consenso doctrinal y jurisprudencial, y en las que, aun reconociendo su vigencia y efectos en plano de igualdad con el derecho interno, someten su aplicación al filtro del principio de legalidad, si bien no siempre con el mismo resultado, dependiendo la propia rigidez o flexibilidad con la que se quiera actuar este principio.

**QUINTO.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.** El respeto a las exigencias de la concepción clásica del principio de legalidad y sus manifestaciones (*lex previae, lex scripta, lex stricta, etc.*), apoyada por una gran parte de la doctrina y especialmente por la jurisprudencia española, plantea sin duda importantes dificultades de adaptación del derecho penal internacional al ámbito interno. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado de solventar este problema a través de la técnica de la contextualización de



los delitos nacionales en la categoría de crímenes sancionados por el ordenamiento internacional, incluyendo el consuetudinario. Nos referimos singularmente a la STS 798/2007, *caso Scilingo*, a la que se remiten expresamente la STS 101/2012 y el auto TS de 28.03.2012. Según esta técnica se sancionan los hechos imputados de conformidad con los delitos tipificados en el momento de su comisión de los respectivos códigos penales de los Estados involucrados salvando así los problemas de retroactividad, pero advirtiéndolo que tales conductas delictivas estaban en ese momento sancionadas internacionalmente como crímenes contra la humanidad, lo que era perfectamente conocido, no sólo por los Estados, sino también por los autores de los crímenes, con lo que quedaría resuelto los problemas de aplicación de las consecuencias de la referidas categorías de delitos internacionales, no directamente afectadas por el principio de legalidad penal, como sería la posibilidad de su persecución internacional, incluso a través de la jurisdicción universal, aunque ésta no estuviera expresamente recogida en el derecho positivo interno, como también la prescripción, aunque la indicada STS no se pronunciará expresamente sobre ello por falta de necesidad hacerlo, aunque sería consecuencia lógica de su razonamiento la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, que constituye el contexto en el que se realizan el resto de los crímenes.

En definitiva, la posición que mantiene el TS es la imposibilidad de que el derecho internacional consuetudinario pueda, desde nuestra actual perspectiva jurídica interna, crear tipos penales completos que resulten directamente aplicados por los tribunales españoles, pero la referida STS 798/2007 no ve obstáculo para que estos puedan aplicar otras consecuencias derivadas de su contextualización como crímenes internacionales, como es la jurisdicción universal, incluso sin norma interna que le dé cobertura, lo que entendemos debería entenderse también a la imprescriptibilidad de los delitos internos producidos en un contexto calificable por el derecho penal internacional como de crímenes de lesa humanidad.

La STS 101/2012 parece negar esta posibilidad, aunque lo hace no por impedirlo la técnica de la contextualización de los delitos nacionales en la categoría de crímenes sancionados por el ordenamiento internacional, respecto de lo que no se pronuncia, sino por entender que no resulta posible en nuestro derecho la aplicación retroactiva de la previsión contenida en el número cuatro del artículo 131 del código penal tras su reforma por ley orgánica 15/2003 y 05/2010, amparándose para llegar a esta conclusión en una jurisprudencia de la propia Sala (SSTS 1064/2010 de 30.11. y otras que cita la propia STS) que de forma evidente no se refiere al supuesto en discusión, en el que lo que se debate es sobre la aplicación de un principio de derecho internacional consuetudinario (el de imprescriptibilidad) cristalizado en la Convención Internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26.11. 1968, con entrada en vigor el 11.11.1970 (de la que no forma parte España), respecto de hechos calificables internacionalmente como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, tema que debe considerarse que no ha quedado resuelto.

En cualquier caso, también permanece abierto el debate jurídico sobre el carácter permanente de ciertos delitos que conformarían crímenes contra la humanidad y como operaría esta característica. Nos estamos refiriendo al delito de desapariciones forzadas y la sustracción de menores de sus familias, cualquiera que fuera la calificación jurídica, tipificación o "*nomen iuris*" que en el ámbito interno históricamente pudiera haberse dado a este tipo de conductas, y que desde su entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, están expresamente tipificadas como tales en nuestro derecho cuando se dan las características del apartado primero del artículo 607 bis del código penal, como un delito de lesa humanidad del número 6º del apartado dos y 7º de dicho artículo.

Reiteramos la especial naturaleza de este delito, que se deriva de los instrumentos internacionales en que se contiene su descripción y características: Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones

forzadas, proclamada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18.12. 1992, como conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, firmado y ratificado por España y publicado en el BOE de 18.02.2011. El artículo 5 de la Convención determina que cuando se trata de una "práctica generalizada o sistemática constituye un crimen contra la humanidad, tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable". Entre ellas la imprescriptibilidad. No obstante, la Convención en su artículo 8 establece la posibilidad de un régimen de prescripción sometido a la doble condición de que el plazo " *sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito*" y además "*se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuado de este delito*". No cabe albergar ninguna duda sobre la obligatoriedad de dicha norma ratificada y publicada en el BOE ( art. 96.1 CE) , respecto de la que el Estado español no ha efectuado ninguna reserva, y cuya obligatoriedad internacional resulta de los artículos 26, 27 y 28 de la Convención de Viena de 23.05.1969, relativa al derecho de los Tratados.

En el mismo sentido, el artículo 17.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece que "*Los actos constitutivos de desaparición forzada serán considerados delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida*". La interpretación que efectúa el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias (GTDFI), y así lo expresa en sus recientes observaciones de 30 de septiembre pasado tras su visita a nuestro país, en las que considera que la desaparición forzada es un acto único y consolidado, y no una combinación de actos aislados e inconexos. Incluso si algunos de los actos productores del delito se hubiesen completado antes de la entrada en vigor de la norma, si otras partes de la violación continúan después, hasta el momento en que se estableció el destino o paradero de la víctima, el delito persiste y no debe ser fragmentado. Destaca que "*el constante sufrimiento [de las víctimas de desaparición forzada] es la prueba palpable de que la desaparición forzada es un delito continuado y una permanente violación de los*

*derechos humanos hasta que la suerte o el paradero de la víctima se hayan esclarecido”.*

Por su lado, el Comité de desapariciones forzadas, en sus observaciones finales después de su visita a España el pasado mes de noviembre, tras apuntar el *“carácter continuo”* de la desaparición forzada según (también) la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, instó a España a que *“todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas (...)”*, pues éstas siguen cometiéndose hasta que *“cesa la desaparición forzada, es decir, [hasta] que la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad.”* En suma, las víctimas de las desapariciones forzadas que comenzaron en el pasado pero que continúan a la fecha, no es que fueron víctimas de esos hechos, sino que lo siguen siendo a día de hoy; y lo seguirán siendo hasta el momento en que se establezca la suerte de la persona desaparecida, lo que incluye *“en caso de fallecimiento (...) la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos”*.

El 28 de la Convención de Viena de 23.05.1969, relativa al derecho de los Tratados, referido a la irretroactividad de los tratados establece que *“las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que ha tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”*. El GTDFI respecto de la Declaración, lo que debe hacerse extensivo a la Convención, se pronuncia sobre la intención clara de que estos instrumentos desplieguen sus efectos sobre situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor, mientras subsista la situación de desaparición.

Estimamos pues, que dado que nos encontramos ante un delito permanente, la calificación jurídica de las situaciones de desaparición forzada que siguen subsistentes, merecen a partir del 1.10.2003 la consideración de delitos de lesa

humanidad del artículo 607 bis CP en la modalidad prevista en el número 6 de su apartado segundo y, como tal, a tenor del artículo 131.4 de entrada en vigor coetánea, también como imprescriptibles, aparte de no haber cesado en su producción.

En todo caso, estimamos debe afirmarse que las conductas no están prescritas y que con la calificación jurídica que propugnamos no se está produciendo una situación de retroactividad prohibida de la norma sino una aplicación normal del derecho estrictamente ajustada a la legalidad penal existente.

**SEXTO.- ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA LAS INVESTIGACIONES.** La calificación jurídica de los hechos como crímenes de lesa humanidad, incluso en el caso de que sólo se entendiese esta viable desde la perspectiva internacional, conlleva la obligación internacional de investigación y persecución penal consecuente a las propias características de estos delitos, como sistemáticos y masivos, llevados a cabo por organizaciones delictivas estatales y paraestatales, de bandas organizadas, deberían ser investigados necesariamente por una fiscalía y por un órgano jurisdiccional centralizado con competencias en todo el territorio español. La falta de previsión expresa en la ley española respecto de la competencia para esta clase de delitos entendemos que permite ser solventada de la misma manera y con los mismos argumentos con que lo hizo la STS 798/2007, respecto de la falta de previsión de la jurisdicción universal para esta clase de delitos. Por otra parte, hemos de recordar la fórmula abierta que utiliza la cláusula de cierre del número 7 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la atribución competencial en favor de la Audiencia Nacional "*de cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes*", que a nuestro juicio permite considerar esta competencia como consecuencia de la correcta aplicación de los convenios y otras normas internacionales en atención a la obligación internacional de investigación y sanción penal eficaz de los crímenes contra la humanidad, particularmente de desapariciones forzadas y de secuestros de menores. Debemos incluso tener en cuenta también las obligaciones de investigar de forma eficaz los crímenes bajo la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, y ello a través de medios y mecanismos procesales, incluso tribunales especializados con capacidad de hacerlo, como obligación impuesta por el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional. El principio de complementariedad no permitiría la investigación fragmentaria e inconexa de

una situación que quedara bajo la competencia de la Corte Penal Internacional, lo que estimamos nos lleva necesariamente a la actuación de la cláusula competencial cierre, de redacción abierta, prevista precisamente para estas situaciones en el referido nº 7 del art 65 de la LOPJ.

Tampoco debemos olvidar que en todo caso la competencia de la Audiencia Nacional para los crímenes de guerra y de lesa humanidad provendría, por conexidad, ante la existencia de otros delitos instrumentales sobre los que sí existe regulación competencial expresa atribuyéndosela a este órgano, como son, por ejemplo, el delito de terrorismo cometido por grupos y bandas armadas. Lo mismo que delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles, respecto de los que el apartado e) del nº 1 del art. 65 de la LOPJ establece que *"en todo caso, la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados"*.

#### **OCTAVO.- NECESIDAD DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

Tras el análisis de todas aquellas cuestiones jurídicas que podrían tener alguna clase de aptitud para impedir una investigación criminal por crímenes de lesa humanidad, llegamos a la conclusión de que solo es una, la existencia de la ley 46/1977 de 15 de octubre, que ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial por el acuerdo del Congreso de Diputados de 19.07.2011, y su vigencia en ese sentido confirmada por sendas resoluciones del Tribunal Supremo, la que constituye el verdadero obstáculo jurídico para la prosecución de la causa penal.

El necesario cumplimiento de las obligaciones vigentes derivadas del derecho internacional en los términos expuestos nos podría llevar a considerar directamente inaplicable la ley 46/1977 de amnistía, al no poder extenderse a crímenes internacionales, dado su carácter preconstitucional.

Sin embargo, la STS 101/2012, lo mismo que el Auto TS de 28.03.2012 se han decantado abiertamente por su vigencia y aplicabilidad. No obstante, nos surgen serias dudas sobre su compatibilidad con la Constitución y por ello estimamos

que este es un tema debe dilucidarse por el órgano competente para pronunciarse sobre ello, con anterioridad a hacerlo nosotros definitivamente al pronunciarnos sobre la competencia.

El propósito de este planteamiento no sería de ninguna manera el de impugnar previas decisiones jurisdiccionales, sino de plantear el debate jurídico, en términos estrictamente jurídicos, para contribuir a construir una racionalidad compartida, en la vía adecuada, y como la ley de amnistía plantea dudas sobre su acomodación a la Constitución, en la doctrina y en la jurisdicción, el cauce es la cuestión ante el órgano encargado de juzgar la constitucionalidad de la leyes, el Tribunal Constitucional.

No resulta útil en el debate en los términos que indicamos entrar en la situación histórica, consideraciones políticas, condicionantes, etc., que determinaron la ley de amnistía.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, aparece como discutible que quepa reconocerse a las autoridades e instituciones que lo hicieron, el derecho a disponer de bienes jurídicos de la relevancia de los afectados por la ley de amnistía en relación con los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, por la gravedad, significado y propia naturaleza internacional de estos y porque, como ha sido señalado, sus medidas son directamente incidentes en la esfera constitucional de lo políticamente indecible. No es baladí la propia prohibición expresa en la Constitución de los indultos generales (Art 62.i CE).

Los argumentos relativos a la incompatibilidad de la amnistía con la legalidad internacional, que establecen la obligación de los Estados de perseguir y sancionar eficazmente los crímenes de guerra y contra la humanidad, ya han sido desgranados en los anteriores. Son muchos los instrumentos jurídicos internacionales que expresamente excluyen de la posibilidad de amnistía para los crímenes de derecho internacional.

Esta legalidad internacional a la que nos referimos, contempla la defensa y protección de los derechos humanos fundamentales y está en este

momento conformada por un denso y sólido entramado de normas jurídicas internacionales que no se limitan a la enunciación de los principios y derechos, sino también a sus concretas garantías y para ello se ha establecido un sistema de mecanismos específicos para el control y vigilancia de su aplicación y respeto por parte de los Estados.

Es cierto que en muchos casos los Estados tienden a resistirse a aceptar la legalidad internacional, pero ésta se ha construido y desenvuelto, en parte, al margen del consentimiento de los actores estatales, siguiendo el esquema de construcción de los derechos fundamentales como normas jurídicas heterónomas, universales, generales y abstractas, más allá del consenso que las soporta. De ahí su posición supraordenada a las normas de derecho interno.

Es por ello que algunos autores como Ferrajoli proponen, parafraseando a Dworkin, tomarse en serio el derecho internacional, aceptando que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece el basamento de un verdadero orden jurídico global.

Nuestra Constitución en su artículo 10.2 contiene un serio compromiso con la legalidad internacional para el respeto de los derechos fundamentales y libertades que reconoce.

Por otra parte, debemos tener necesariamente en cuenta que varios organismos internacionales de control y vigilancia del respeto de los derechos humanos se han pronunciado respecto de la situación española, y han emitido varias peticiones de derogación expresa de la ley de amnistía.

Así:

El Comité de desapariciones forzadas en sus observaciones del mes de noviembre pasado *"exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a*



*superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía "*

El Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas en sus observaciones del mes de septiembre pasado *"insta al Estado a adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto la Ley de Amnistía de 1977, como ya ha sido recomendado por distintos organismos internacionales"*

Igualmente:

En informe de 05.01.2009, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas transmitió a España su recomendación de que considerase la derogación de la Ley de Amnistía, recordando que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Igualmente, expresó su preocupación por los obstáculos encontrados por las familias de desaparecidos.

En informe de 9.12. 2009, el Comité contra la Tortura solicitó a España que los delitos de tortura y desapariciones forzadas no queden sujetos a amnistía. Solicitó igualmente que el Estado prosiga con el esclarecimiento de la suerte de las víctimas.

En septiembre de 2010, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias manifestó que la Ley de Amnistía chocaba con la "Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas" de 1992, que impondría a España *la obligación de investigar, perseguir y sancionar a los responsables de desapariciones.*

El 10 de febrero de 2012, la representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos pidió formalmente a España la derogación de la ley, argumentando que incumplía la normativa internacional sobre Derechos Humanos.

Igualmente, aparte de las numerosas e importantes declaraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en nuestro ámbito regional

y degradantes; art. 17 CE respecto de los derechos a la libertad; art. 10.1 y 2 CE relativos a la dignidad humana, seguridad jurídica y a la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionalmente reconocidas conforme al derecho internacional.

A veinte de diciembre de dos mil trece.-