

**LA INVESTIGACIÓN DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO:
ENTRE EL PROCESAMIENTO POR PREVARICACIÓN ABIERTO
CONTRA EL JUEZ BALTASAR GARZÓN Y LA QUERRELLA
PRESENTADA EN ARGENTINA EN VIRTUD DEL EJERCICIO DE
LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL**

Mónica Zapico Barbeito

*Becaria FPU. Investigadora de Derecho penal internacional.
Universidade da Coruña*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

RESUMEN:

Tras el Auto de 16 de octubre de 2008 por el que el Juez Baltasar Garzón abría la primera causa para investigar los crímenes cometidos durante la Guerra civil española y la dictadura franquista, se ha iniciado un intenso debate sobre la conveniencia o no de acabar con la impunidad en España. En medio de esta polémica, dos hechos merecen ser tenidos en cuenta y ser analizados. Por una parte, el procesamiento por un delito de prevaricación abierto contra el Juez Baltasar Garzón por atreverse a investigar los crímenes del franquismo. Y, por otra, la querrela presentada en Buenos Aires para que los tribunales de este país abran la investigación de los crímenes franquistas cometidos en España en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal.

Palabras clave: Derecho penal internacional, principio de legalidad e irretroactividad, crimen contra la humanidad, amnistía, detenciones ilegales, prescripción, Memoria Histórica, prevaricación, jurisdicción universal, interpretación de la ley.

ABSTRACT:

Following the Writ of 16th October 2008 in which the Judge Baltasar Garzón opened the first case to investigate crimes committed during the Spanish Civil War and the Franco dictatorship, has started an intense debate on whether or not to end the impunity in Spain. In the midst of this cloud of controversy, two facts deserve to be taken into account and be minimally analyzed. First, the prosecution for a crime of prevarication against the judge Baltasar Garzon for daring to investigate the crimes of the dictatorship. Secondly, the lawsuit filed in Buenos Aires for the courts of this country in order to open the investigation of crimes committed in Spain under Franco dictatorship, under the exercise of universal jurisdiction.

Keywords: International criminal law, principles of legality and non-retroactivity, crime against humanity, amnesty, enforced disappearances, prescription, Historical Memory, prevarication, universal jurisdiction, interpretation of the law.

La investigación de los crímenes del franquismo: entre el procesamiento por prevaricación abierto contra el Juez Baltasar Garzón y la querrela presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal¹

Sumario: I. Introducción. II. El procesamiento al Juez Baltasar Garzón por prevaricación. 1. ¿Es fruto de una “*interpretación creativa*” del Juez Baltasar Garzón que la justicia española pueda juzgar los crímenes del franquismo? 1.1. Calificación de los hechos cometidos como crímenes contra la humanidad. 1.2. Delito de detención ilegal y prescripción penal. 1.3. La existencia de una ley de amnistía. 2. Prevaricación e interpretación. III. La querrela presentada en Argentina. 1. La calificación de los hechos cometidos como un genocidio. 2. El ejercicio de la jurisdicción universal por Argentina. 3. La necesidad del ejercicio del principio de jurisdicción universal. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Auto de 16 de octubre de 2008, en el que el Juez Baltasar Garzón abría la primera causa para investigar los crímenes cometidos durante la Guerra civil española y la dictadura franquista², ha generado tantos defensores como detractores. Muchos son lo que lo vieron como la oportunidad para comenzar a cerrar esa profunda herida aún abierta en la sociedad española, para acabar con la impunidad de los crímenes cometidos durante más de setenta años, como la oportunidad para desenterrar de las cunetas españolas a los más de 150.000 desaparecidos. Pero muchos otros sintieron que era una amenaza a aquello que quedara “atado y bien atado” tras la muerte del dictador Franco, un pasado que había que olvidar y silenciar.

En medio de esta polémica, de iguales muestras de apoyo y oposición a los intentos de acabar con la impunidad, cabe destacar dos hechos importantes. Por un lado, el procesamiento por un delito de prevaricación abierto contra el Juez Baltasar Garzón por investigar los crímenes del franquismo, algo considerado delictivo por el Juez Luciano Varela³. Por otra parte, la querrela presentada en Buenos Aires para que los tribunales de

1 La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada al proyecto de I+D sobre “Espacio y Derecho penal” (DER2008-01523/JURI) por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del cual es investigador principal Patricia Faraldo Cabana, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidade da Coruña.

2 Vid. Auto de 16 de octubre de 2008. Diligencias Previas-Proc. Abreviado 399/2008 V. del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional.

3 Vid. Auto de 3 febrero de 2010, por el que el Juez Luciano Varela, Instructor Delegado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, deniega el sobreseimiento de la causa especial por prevaricación nº 20.048/2009, instruida contra el juez Baltasar Garzón.

este país abran la investigación de los crímenes franquistas cometidos en España en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal⁴.

No es intención de la autora realizar un estudio pormenorizado y en profundidad de estas dos cuestiones, lo cual excedería con mucho las pretensiones de este trabajo, sino más bien un análisis de aquellos puntos que han dado lugar a más polémica tratando de, en la medida de lo posible, encontrar algunas soluciones.

II. EL PROCESAMIENTO AL JUEZ BALTASAR GARZÓN POR PREVARICACIÓN

Si bien en el Auto del Juez Luciano Varela se plantean muchas cuestiones, nos limitaremos aquí a analizar aquellas que se refieren a calificar la pretensión de juzgar los crímenes del franquismo como una “*resolución injusta*”, tal y como se establece en el delito de prevaricación dolosa del artículo 446.3^o que se le imputa al Juez Baltasar Garzón⁶.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden a la hora de establecer que el carácter injusto de una resolución viene determinado por una interpretación totalmente ilógica, irrazonable, irracional o de una flagrante ilegalidad⁷. Son los casos en que la resolución implica una interpretación torcida y arbitraria de las normas de derecho positivo. Sólo en estos casos podemos hablar de que verdaderamente estamos ante un delito de prevaricación. De esta suerte, no ha de buscarse una conducta prevaricadora dentro de los márgenes en los que se mueve la interpretación permitida de las normas, sino fuera de los mismos y sólo en los casos más extremos de contrariedad con la ley⁸.

4 La querrela criminal por la comisión de delitos de genocidio y/o de lesa humanidad que abarca los hechos que tuvieron lugar en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977 fue presentada en la Cámara Federal de Buenos Aires el 14 de abril de 2010.

5 “Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.”

6 Sobre el delito de prevaricación judicial vid., entre otros, GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, (Tecnos, Madrid, 1990); FERRER BARQUERO, R., *El delitos de prevaricación judicial*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2002); CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Notas sobre la prevaricación judicial dolosa”, en *La Ley*, n° 5541, mayo de 2002; RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación judicial*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000); PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y Jurisprudencia*, (Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007).

7 El Tribunal Constitucional en la Sentencia 111/1997, de 17 de marzo, estima que la resolución es injusta cuando es “arbitraria, manifiestamente irrazonable o cuyo fundamento fuere un error patente”. También, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2000. Vid, sobre la injusticia de las resoluciones, RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación...cit.*, p. 324 y ss.; GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación...cit.*, p. 11 y ss.

8 Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Prevaricación e interpretación judicial: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, por el que se deniega el so-

En este punto debemos preguntarnos si, a la luz de las normas nacionales e internacionales, la interpretación hecha por el Juez Baltasar Garzón fue una interpretación válida, dentro de los límites permitidos por la ley o, por el contrario, injusta y prevaricadora -o como es calificada en el auto de instrucción del Juez Luciano Varela, una “interpretación creativa”-.

1. ¿Es fruto de una “interpretación creativa” del Juez Baltasar Garzón que la justicia española pueda juzgar los crímenes del franquismo?

El Juez Luciano Varela argumenta que el Juez Baltasar Garzón intentó asumir las competencias para investigar los crímenes del franquismo “dentro de un proceso penal cuya artificiosa incoación suponía desconocer los principios esenciales del Estado de derecho, como los de legalidad penal e irretroactividad de la ley penal desfavorable, además de implicar el desconocimiento objetivo de leyes democráticamente aprobadas, como la de la amnistía”⁹. Le acusa así de pretender juzgar hechos que ya han prescrito o han sido amnistiados, lo que entiende va en contra del ordenamiento jurídico español.

Para establecer si en el Auto el Juez Garzón realiza una “interpretación creativa” e injusta de las normas debemos realizar un breve análisis de los argumentos esgrimidos por el Juez en dicho auto y de las conclusiones a las que ha llegado para determinar si, a la luz de la normativa nacional e internacional, se puede concluir que van en contra del ordenamiento jurídico español¹⁰.

1.1. Calificación de los hechos cometidos como crímenes contra la humanidad

La principal crítica que recibe el Auto de 16 de octubre de 2008 -y que hace suya el Juez Luciano Varela- es que supone una vulneración del principio de legalidad y más en concreto el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables al reo, pues al calificar los hechos que se produjeron en la dictadura y el franquismo como crímenes contra la humanidad, se pretende aplicar el artículo 607 bis¹¹ del Código penal, categoría

breseimiento pedido por el Juez Baltasar Garzón en la causa de la «Guerra Civil», en *Diario La Ley*, nº 7367, 2010, p. 4

9 Vid. Auto de 3 febrero de 2010, ob. cit.

10 Para un análisis de si se pueden o no juzgar los crímenes del franquismo a la luz del Auto del Juez Baltasar Garzón, vid., ZAPICO BARBEITO, M., “¿Se pueden/deben investigar los crímenes cometidos durante la Guerra civil española y la dictadura franquista? Algunas cuestiones al respecto planteadas por el Auto 16 de octubre de 2008.” en la revista de *Derecho y Proceso Penal*, nº 22, 2009; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional”, en *Diario La Ley*, Año XXIX, nº 7054.

11 Artículo introducido por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en vigor desde el 1 de octubre de 2004.

delictiva que sólo se introdujo en dicho código en 2003 por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre¹².

No obstante, si bien hemos de admitir que esta es una opinión compartida por un numeroso sector doctrinal, otra parte de la doctrina, no menos numerosa, argumenta que no existiría una vulneración del principio de irretroactividad y del principio de legalidad, ya que si bien estos crímenes no se encontraban recogidos en el ordenamiento jurídico español, sí lo estaban en el internacional, jerárquicamente superior al nacional.

Lo cierto es que lo subyace tras estas posiciones encontradas es el permanente conflicto existente entre el derecho penal internacional y el derecho penal nacional y, en concreto, en qué medida es posible aplicar normas consuetudinarias de derecho penal humanitario, ratificadas por España y que forman parte del denominado *ius cogens*, pero que no se recogían en el momento de la comisión de los hechos en el derecho penal nacional.

Este es sin duda un asunto de gran polémica cuya solución no encuentra unanimidad en la doctrina y cuyo objeto detallado excedería las posibilidades de este estudio, pero sí creemos necesario dar algunas pinceladas sobre las argumentaciones encontradas y, en concreto, sobre la argumentación que defiende el Juez Baltasar Garzón para poder determinar en qué medida su interpretación puede ser considerada injusta conforme a derecho y en contra del ordenamiento jurídico.

Un importante sector de la doctrina - eminentemente de la doctrina internacionalista -, se inclina por entender que los autores de crímenes contra la humanidad tienen responsabilidades penales con base en la normativa internacional que prohíbe tales conductas ya desde finales del siglo XIX o principios del siglo XX, aun cuando estos crímenes no estuviesen recogidos en la normativa interna en el momento de su comisión¹³. Los crímenes contra la humanidad están reconocidos como tales en el derecho internacional

12 “1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. (...)

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: (...)

6º Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida (...)”

13 Sobre la configuración de los crímenes contra la humanidad, véase, entre otros, BASSIOUNI, CH., *Crimes against humanity in International Criminal Law*, (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/ Boston/ Londres, 1992); ROBERTSON, G., *Crímenes contra la humanidad: la lucha por una justicia global*, (Siglo XXI, Madrid, 2008); CAPELLÁ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2005).

consuetudinario, de manera que la prohibición de desaparición forzada es una norma de *ius cogens* y tiene atribuida la jerarquía de norma imperativa de derecho internacional¹⁴. Así mismo, la prohibición de los crímenes contra la humanidad y, en concreto, la figura de detenciones ilegales, está recogida convencionalmente en múltiples tratados, muchos de ellos ratificados por España¹⁵.

14 El reconocimiento de los crímenes contra la humanidad como derecho consuetudinario se remonta desde el derecho humanitario con la Cláusula Martens, incorporada al Preámbulo del II Convenio de la Haya de 1899 relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre: “A la espera de un Código más completo de las leyes de guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellos, los pueblos beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el impero del Derecho de Gentes, tales como resultan los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública” y se confirma su carácter consuetudinario en los Principios de Nuremberg tras la Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 sobre los principios de la cooperación internacional para la detención, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Para una visión más detallada sobre los crímenes contra la humanidad en derecho consuetudinario y su evolución hasta la tipificación de nuestros días, vid., 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*, 2005, www.es.amnesty.org/paises/espana/, p. 22 y 23; CAPELLÁ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes...* cit.

15 La primera incriminación de los crímenes contra la humanidad en el derecho internacional positivo se encuentra en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, artículo 6. c) y su confirmación en la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los crímenes contra la humanidad han sido recogidos en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales y está recogido en el artículo 7 del Estatuto de Roma, ob. cit.: “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...) i) Desaparición forzada de personas”. También la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Resolución de E/CN. 4/2005/WG.22/WP.1/REV.4, 23 de septiembre de 2005, artículo 5: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable” y artículo 2: “Se considera desaparición forzada al arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida a la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o del paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, A/RES/47/133, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, artículo 1

“1. 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 Derechos Humana-

Por otro lado, el artículo 15.2 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que se podrán juzgar y condenar a una persona por “*actos y omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”. Esto también aparece recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en su artículo 7.2 que establece que “*El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.*” En este sentido, no podemos decir que España no conociese de estos principios internacionales, principios que le vinculaban ya que en 1931 había incorporado en su derecho interno las normas universales de Derecho Internacional a través del artículo 7¹⁶ de la Constitución de la II República. Esto implica que los crímenes contra la humanidad cometidos a partir de 1936 ya estaban prohibidos desde 1864, fecha en la que se comenzó la codificación del derecho humanitario en la Convención de Ginebra, principios de derecho humanitario que el Estado Español asumía a través del artículo 7 de su Constitución de la II República.

De esta suerte, la naturaleza de norma imperativa en el derecho internacional de los crímenes contra la humanidad autoriza a entender que el principio de legalidad aplicable no sea el interno sino el internacional, lo que posibilita una “*aplicación retrospectiva*”¹⁷ del derecho internacional penal. Esta interpretación, que ha sido admitida por numerosos Tribunales nacionales e internacionales¹⁸ y avalada por una gran parte de la doctrina internacionalista¹⁹, permite aplicar retroactivamente el Código penal español actual, pues en el momento de comisión de los hechos ya eran delictivos conforme a la legalidad internacional consuetudinaria.

nos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes. 2. 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. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro.”

16 Constitución de la II República de 1931, artículo 7: “El Estado Español acatará las normas universales del Derecho Internacional, incorporándolas a su derecho positivo”.

17 Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción nº 5... cit. p. 3.

18 Vid., Tribunal europeo de derechos humanos, Kislyiy contra Estonia, de 17 de enero de 2006, y el propio Ministerio Fiscal en el Auto de 17 de julio de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 2, Diligencias Previa 211/09L, que ha reconocido que los delitos contra la humanidad pertenecen al derecho consuetudinario y por tanto tienen eficacia *erga omnes* aunque el legislador español no lo hubiese recogido hasta el 2004.

19 En cuanto a la doctrina que apoya esta teoría vid. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción nº 5...cit., p. 3; CAPELLÁ I ROIG, M., “Los crímenes contra la Humanidad en el caso Scilingo”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 10, 2005; OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, (La Ley, Madrid, 2008), p. 64 a 66.

En este sentido, la Audiencia Nacional ha reconocido que la existencia de deberes en la esfera internacional permite castigar a los individuos por violar el derecho internacional²⁰. Nos referimos a la interpretación, no exenta de polémica, que la Audiencia Nacional realiza de los principios de legalidad y de irretroactividad penal en la sentencia conocida como del Caso Scilingo²¹, por la que se condena al militar argentino Adolfo Scilingo como autor de delitos de lesa humanidad aplicando el artículo 607 bis del Código penal, crímenes cometidos durante los primeros años de la dictadura argentina en 1976, cuando aún no existían estos delitos en el Código penal español pues su tipificación expresa se produjo en 2003, y su entrada en vigor el 1 de octubre de 2004.

La principal línea argumentativa de la Sentencia se basa en entender que aunque se está aplicando el artículo 607 bis a unos hechos que tuvieron lugar antes de su incorporación al Código penal, esto no supone una violación del principio de retroactividad pues lo que realmente se está aplicando es una norma de carácter internacional que ya existía en la costumbre internacional. El artículo 607 bis del Código penal lo que hace no es sino incorporar a la ley penal una norma consuetudinaria que por su carácter de *ius cogens* internacional y su validez obligatoria *erga omnes* es preexistente a su incorporación por parte del derecho nacional. Ello hará que sea necesario, atendiendo a su especial naturaleza y su carácter general, la reinterpretación de los principios penales clásicos, lo que no significa incumplirlos sino encontrar soluciones diferentes sin estar en contra de su esencia. Esto supone afirmar el principio general de la aplicabilidad directa del Derecho internacional con respecto a la responsabilidad individual penal por crímenes contra la humanidad.

Sin olvidar la importancia del principio de legalidad -formulado como el derecho a no ser condenado por conductas que no fueron delito en el momento de su comisión- y, en relación con éste, la prohibición de irretroactividad²², que forman parte no sólo del derecho interno sino también del derecho internacional²³, el Tribunal entiende que es posible una formulación internacional de este principio que permita su flexibilización,

20 Vid. Sentencia nº 15/2005 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, de 19 de abril de 2005, (Caso Scilingo).

21 Vid., sobre la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 1672005 de 19 de abril, conocida como del caso Scilingo pueden consultarse los artículos de CAPELLÁ I ROIG, M., “Los crímenes contra la Humanidad en el...cit.”; GIL GIL, A., “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005, que critica este punto de la Sentencia por entender que vulnera el principio de legalidad penal. También artículos de LAMARCA PÉREZ, C., “Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, nº 34, enero 2007 y BUENO ARÚS, F., “Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo)”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, nº 34, enero 2007, entre otros.

22 Artículos 25 y 9.3 de la Constitución española y artículo 2 del Código penal.

23 Artículos 7 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950 (ratificado por España en 1979), 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y artículos 22 y 23 del Estatuto de Roma, ob. cit.

pues al entender que los crímenes contra la humanidad sí eran delito en el momento de su comisión, estas conductas sí eran criminales conforme el derecho internacional por lo que no se quebrantaría el principio de legalidad y la prohibición de irretroactividad²⁴. De este modo, la flexibilización y reinterpretación del principio de legalidad articularía su formulación ya no como *nullum crimen sine lege* sino como *nullum crimen sine iure*.

Al manifestar la necesaria búsqueda de convivencia entre las normas internacionales y el derecho internacional, establece que será necesario que se aplique el derecho positivo vigente interno del Estado, para que no queden fuera de la cobertura penal conductas que sí son punibles en el ámbito del derecho internacional. Por tanto, esta flexibilización del principio de legalidad es necesaria en tanto que nos encontramos ante crímenes de una entidad y un reproche increíbles de tal manera que, de no atender a esa necesaria reformulación y adaptación del principio al contexto jurídico internacional, ello supondría no atender a que la base del principio de legalidad es la justicia²⁵.

Es indudable que las conclusiones a las que llega la Audiencia Nacional son más que controvertidas. En el derecho español, tanto para la doctrina penal como la jurisprudencia, la interpretación del principio de legalidad siempre ha sido muy estricta de tal manera que la tipificación internacional no será suficiente para permitir una aplicación directa del derecho positivo en el derecho interno, sino que siempre se requerirá la incorporación en el derecho positivo²⁶. Esto implica que la costumbre internacional no puede ser fuente directa del derecho penal interno, pues con ello se vulneraría el principio de legalidad²⁷.

24 La Audiencia Nacional en la Sentencia nº 15/2005, ob. cit., entiende que no se vulneraría el artículo 25 de la Constitución española (y en relación con este, tampoco los artículos 9.3 y 2 del Código Penal), pues este artículo establece que: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquél momento” y según la legislación vigente en aquel momento, las normas de derecho internacional consuetudinario, estas conductas eran delictivas.

25 Cfr. Sentencia nº 15/2005 de la Audiencia Nacional, ob. cit. “*sólo un tratamiento superficial del respeto del principio de legalidad penal y contra su propia razón de ser, considerado ante todo como un principio de justicia, permitiría el cuestionamiento de la aplicabilidad al caso del artículo 607 bis CP, que no vulnera ni el artículo 25 de la Constitución ni ninguna de las normas internacionales de los derechos humanos*”

26 Vid, GIL GIL, A., “La Sentencia de la Audiencia Nacional...cit., p. 6 y ss. entiende que la costumbre internacional no se puede aplicar de forma directa porque no garantiza las exigencias tanto formales como materiales que exige la formulación del principio de legalidad que ha venido realizando el Tribunal Constitucional. El derecho internacional, cuando no está incorporado, se entiende sólo como fuente de interpretación del derecho interno. Sobre esta cuestión, aunque con una postura diferente, vid. también AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo*, noviembre de 2008, www.es.amnesty.org/paises/españa/, p. 17.

27 Vid. LAMARCA PÉREZ, C., “Internacionalización del Derecho Penal y...cit., p. 76.

Los principales obstáculos que encuentra la aplicación del derecho consuetudinario internacional son, por un lado, la ausencia de una sanción penal determinada en una norma internacional -exigencia ineludible del principio de legalidad penal-, lo cual determina su carácter *non self executing* que impide su aplicación directa²⁸. Por otro lado, la inexistencia de una definición expresa²⁹ de los delitos de lesa humanidad cuando estos se produjeron. Por último, que la costumbre es incapaz de proporcionar el requisito necesario del principio de taxatividad³⁰.

Esta interpretación estricta impide cualquier tipo de flexibilización del principio de legalidad respecto de los delitos internacionales, por el carácter del delito o del delincuente³¹, de manera que, en la búsqueda de la convivencia entre el derecho nacional y el derecho internacional, este último no puede prevalecer sobre los derechos y garantías protegidos en la Constitución. Es necesario que la internacionalización del derecho penal no se haga de cualquier manera, del mismo modo que la lucha contra la impunidad, aunque sea la impunidad de los crímenes más detestables, no puede realizarse a costa de los derechos y garantías del Estado de Derecho.

28 Vid. GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, (Tecnos, Madrid, 1999), p. 95 y ss. y LAMARCA PÉREZ, C., “Internacionalización del Derecho Penal y...cit., p. 76.

29 Otro problema es que la definición expresa de estos delitos no se produjo hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional y los Tribunales *ad hoc*, definición expresa necesaria para salvaguardar el principio de legalidad. Esto significa que aunque estuviesen recogidos en las normas del derecho consuetudinario y el *ius cogens*, pero no con la suficiente concreción.

30 Vid. GIL GIL, A., “La Sentencia de la Audiencia Nacional...cit., p. 6 y *Derecho penal internacional...cit.*, p. 87 y ss. Pero aún va más lejos la doctrina española al entender que ni siquiera la redacción de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma, ob. cit., es compatible con la estricta taxatividad requerida por nuestro principio de legalidad. Vid. sobre ello, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta jurídica penal internacional*. Documento nº 6, 2002, p. 32, 38 y 39.

31 La argumentación de los magistrados de la Audiencia Nacional, y las que acompañan a ésta para sustentar la necesaria flexibilización del principio de legalidad y dar así prevalencia a la justicia material sobre la legalidad formal (que el principio de legalidad es para proteger a los ciudadanos frente al Estado y no para proteger a los criminales de ataques masivos contra la humanidad, o el argumento que asocia el principio de legalidad a la justicia como su esencia o el entender que cuando la injusticia manifiesta se produce por aplicación de este principio se hace necesaria una reformulación del mismo, vid., *supra*) son duramente criticadas por GIL GIL, A., “La Sentencia de la Audiencia Nacional...cit., p.7 y ss. pues entiende que toda excepción y flexibilización de los principios y garantías pone en peligro el Estado de Derecho. Del mismo modo, crítica con la flexibilización del principio de legalidad pues la gravedad de los delitos no debe llevar a una disminución de las garantías básicas es LAMARCA PÉREZ, C., “Internacionalización del Derecho Penal y...cit., p. 76 y 77, que critica estas argumentaciones de la Audiencia Nacional pues olvida que la ley debe ser igual para todos. También, en este sentido, vid. BUENO ARÚS, F., “Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional...cit., 86 y 87 y MALARINO, E., *Persecución penal nacional de los crímenes internacionales en América Latina y España*, (Max Planck Institut, Konrad Adenauer, Montevideo, 2003), p. 55 y ss.

Así pues, la solución a la que llega el Audiencia Nacional de aplicación del artículo 607 bis supondría una vulneración del principio de legalidad que exige que la pena esté recogida antes de la comisión del delito, es decir exige la irretroactividad de las normas penales desfavorables al reo, a pesar de que la prohibición recogida en el artículo ya existiese como norma internacional consuetudinaria. No obstante, la Sentencia Scilingo, a pesar de ser duramente criticada, también ha supuesto un replanteamiento general de la recepción del derecho internacional en el derecho interno a efectos penales.

Esta Sentencia de la Audiencia Nacional fue revisada por el Tribunal Supremo³², quien da una nueva solución al problema, solución no menos polémica si cabe que su predecesora³³. El alto Tribunal admite que si bien estamos ante delitos comunes como son los delitos de detención ilegal, como se han producido en un contexto de crímenes contra la humanidad, dada su naturaleza sistemática y generalizada, esto les confiere de unas características propias de los crímenes de derecho internacional, planteando la cuestión de la imprescriptibilidad, de manera que los Estados tendrían la obligación de perseguir su comisión³⁴.

De este modo, aunque se defienda la necesidad de la tipificación completa de los crímenes contra la humanidad y su incorporación al derecho interno³⁵, no cabe duda de que los hechos sí fueron cometidos en un contexto de crimen contra la humanidad, lo que permitió en su día al Tribunal Supremo incorporar a estos delitos características propias de los crímenes contra la humanidad.

Esta será la innovadora solución –innovadora, que no injusta- acogida por el Magistrado-Juez Baltasar Garzón al entender que *“aunque los crímenes contra la humanidad no estaban vigentes como tales en el momento del comienzo de la ejecución de los mismos, ya entonces formaban parte del contexto en el que se cometieron los delitos en particular, que, aunque estaban tipificados como tales hechos delictivos, no fueron cometidos como delitos aislados sino como una parte de un plan de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil”*³⁶.

32 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo nº 798/2007, de 1 de octubre de 2007.

33 Vid., sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, nº 798/2007, de 1 de octubre de 2007, entre otros, OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes...*cit., p. 64 a 67, 162 a 183.

34 Sentencia del Tribunal Supremo, nº 798/2007, de 1 de octubre de 2007, fundamento séptimo: *“(las circunstancias descritas) son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido del injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad”*.

35 En la Sentencia nº 798/2007, de 1 de octubre de 2007, el Tribunal Supremo afirma que la aplicación del artículo 607 bis por parte de la Audiencia Nacional supuso una vulneración del principio de legalidad formulado en el artículo 25.1 de la Constitución española por vulneración del principio de irretroactividad de la normativa penal y por la necesidad de que la ley sea previa, escrita, cierta y transpuesta al ordenamiento interno.

36 Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, ob. cit., razonamiento jurídico noveno.

De este modo, siguiendo esta argumentación del alto Tribunal, acogida en parte por el Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional, estaríamos ante crímenes contra la humanidad por razón del *elemento de contexto*, o lo que es lo mismo, ante delitos comunes que con base en el contexto en que fueron cometidos se verán investidos de ciertas características propias del derecho penal internacional. Ante el problema del tipo penal a aplicar, acude al Código penal efectivamente vigente en el momento de comisión de los hechos, los artículos 474 a 476 que tipificaban los delitos de detenciones ilegales, artículos que siguen vigentes en el actual Código penal³⁷.

En este sentido, aún amparándonos en que no se pueden perseguir los crímenes contra la humanidad pues no estaban tipificados en el momento de su comisión, el contexto de crimen contra la humanidad incorpora un mayor contenido de injusto a una conducta de por sí delictiva, el delito de detenciones ilegales, delito que sí estaba tipificado en el momento de su comisión y que ha permanecido en nuestro ordenamiento jurídico hasta nuestros días.

Así pues, aunque no se pueda aplicar el artículo 607 bis porque supondría una vulneración del principio de legalidad, los hechos sí pueden ser calificados materialmente como crímenes contra la humanidad por el elemento de contexto, lo que permitirá poder atender a su especial naturaleza en algunos puntos. En este sentido, atender a esa especial naturaleza determinará su persecución e investigación pues, a pesar de que normativamente se trata de un delito común de detenciones ilegales, materialmente ha de encuadrarse en el ámbito de los crímenes contra la humanidad. Así, por ejemplo, su consideración como crímenes contra la humanidad ha de ser tenido en cuenta a los efectos de afirmar su imprescriptibilidad³⁸.

Esta interpretación, que ciertamente colisiona con las visiones más clásicas y estrictas que se han venido haciendo por la doctrina y la jurisprudencia españolas, por un lado, no puede ser calificada como una interpretación única o incoherente. Por otro lado, no hay que olvidar que una nueva interpretación que permita la investigación y persecución de los crímenes más graves cometidos contra la humanidad no puede ser entendida como un ataque al Estado de Derecho por la violación de los principios de legalidad e irretroactividad penal, aún menos amparar una sentencia por prevaricación, sino como la necesidad de que el ordenamiento jurídico nacional se adapte y busque su equilibrio con las normas de derecho internacional, normas que también son de obligado cumplimiento para el Estado. En este sentido, no debiéramos olvidar que España, al no perseguir los crímenes internacionales amparándose en que la conducta no estaba tipificada en el

37 Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, ob. cit., razonamiento jurídico noveno

38 Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, ob. cit., razonamiento jurídico cuarto: “*La calificación jurídica que se acoge, como después se razonará, es la de un delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse razón sobre el paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la humanidad, salvando así los problemas de irretroactividad que pudieran aducirse con respecto a esta figura*”.

Código penal en aquel momento, está contraviniendo sus obligaciones internacionales³⁹, por lo que buscar alternativas interpretativas no es sólo una cuestión baladí, sino una necesidad que difícilmente puede ser vista como un delito de prevaricación.

1.2. Delito de detención ilegal y prescripción penal

Como hemos visto, si bien los delitos de lesa humanidad no fueron introducidos en el artículo 607 bis Código penal hasta la Ley Orgánica 15/2003, lo que impediría su aplicación por vulnerar el principio de legalidad, las detenciones ilegales sí estaban ya recogidas en el Código penal de 1932 en los artículos 474 a 476 como delitos ordinarios, conductas delictivas que en los sucesivos Códigos penales han seguido estando tipificadas. Así pues, sin olvidar el contexto de crimen contra la humanidad en el que fueron cometidos, los hechos que se produjeron se circunscriben en la figura de detenciones ilegales cometidas por autoridad sin dar razón del paradero de la persona detenida, delitos recogidos en los artículos 163, 166 y 167 del Código penal actual⁴⁰.

Estaríamos pues, en todo caso, ante detenciones ilegales, conductas delictivas tanto en el Código penal actual como en el Código penal de 1932, por lo que la problemática sobre la vulneración del principio de irretroactividad que rodea a los delitos contra la humanidad no existiría con respecto al delito de detención ilegal.

No obstante, superado el problema de la vulneración del principio de legalidad, seguiríamos encontrándonos ante la cuestión de la prescripción del delito de detenciones ilegales, otra de las cuestiones a las que hay que prestar atención a la hora de determinar si estamos ante una “*interpretación creativa*” de la ley.

El delito de detenciones ilegales es un delito de consumación instantánea pero de efectos permanentes⁴¹, es decir, la acción típica se prolonga y no concluye hasta que sea

39 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ob. cit. y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, convenios de los que España forma parte, en sus artículos 15.1 y 2 y 7.2 respectivamente, establecen esta responsabilidad del Estado por incumplir sus obligaciones internacionales.

40 Algunos autores han argumentado que el delito de detención agravada por no dar razón de la suerte o el paradero del detenido no se introdujo en el Código penal español hasta 1944 por lo que su aplicación en este caso supondría una violación del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo. GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, (Atelier, Barcelona, 2009), p. 160. Lo cierto es que, también en este punto, a la hora de interpretar el principio de legalidad se debe atender a la especial naturaleza de los delitos cometidos -que “materialmente” son delitos contra la humanidad-. Esto sugiere centrarse en el hecho de que las detenciones ilegales sí han estado recogidas en el Código penal desde 1932 y sólo la agravación se introdujo posteriormente, hecho que si bien no carece de relevancia, no puede ser la clave para impedir la persecución de estos crímenes execrables.

41 Existe un consenso unánime de la doctrina en entender la naturaleza de delito permanente de la detención ilegal. Vid., entre otros, LANDROVE DÍAZ, G., *Detenciones ilegales y secuestros*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999), p. 67 y ss.; CLIMENT DURÁN, C., *Detencio-*

determinado el paradero de las personas desaparecidas⁴². Esto va a determinar que, como indica el artículo 132 del Código penal⁴³, no comienza su plazo o período de prescripción hasta que haya cesado la situación ilícita, es decir, mientras no se comunica el paradero de las víctimas, por lo que podemos afirmar que, en el caso que nos ocupa, no ha comenzado el plazo de prescripción puesto que no se han encontrado aún las víctimas de estos delitos⁴⁴.

Como establecen numerosos Tratados Internacionales⁴⁵, el acto de desaparición forzosa es considerado un delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y no se hayan esclarecido los hechos⁴⁶. Por

nes ilegales cometidas por autoridad o funcionario público, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999), p. 156 y 152; MUÑOZ CONDE, F. /GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte especial*, 16^a ed., (Valencia, 2007), p. 196; VIVES ANTÓN, T. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., [ET AL.] *Derecho penal. Parte especial*, 2^o ed, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2008), p. 164.

42 Sobre la terminación del delito vid., por todos, BORJA JIMÉNEZ, E., “La terminación del delito”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, enero-abril, 1995, p. 89 a 185.

43 Artículo 132 del Código Penal “1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.”

44 Sobre la configuración de los delitos permanentes, vid., por todos, LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, (Ed. Comares, Granada, 2006).

45 Vid., entre otros muchos convenios y documentos internacionales, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ob. cit., artículo 17.1: “Todo acto de desaparición forzada será considerado del todo permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”. Del mismo modo el artículo 8.1 b) de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ob. cit., al señalar que: “1. Todo Estado parte que aplique un régimen de prescripción en lo que respecta a las desapariciones forzadas tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: (...) b) Se cuente a partir del momento en que cesa el crimen de desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo o permanente del crimen de desaparición forzada”. También la resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 28 de enero de 2002, artículo 14.2 “La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”.

46 Vid., sobre las consecuencias del carácter permanente de la desaparición forzada, RODRÍGUEZ ÁRIAS, M. A., *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*, (Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008), p. 93 a 116. Va aún más allá en sus conclusiones RODRÍGUEZ ÁRIAS pues invoca la aplicación del artículo 2.2 del Código penal alemán que entiende que si durante la consumación fuese modificada la conminación penal “debe aplicarse la ley que esté vigente al momento de su terminación”. Ello supone aceptar la aplicabilidad del artículo 7.1 del Estatuto de Roma, ob. cit. que tipifica el crimen de desaparición forzada como crimen contra la humanidad sin que esto supusiera una vulneración del principio de legalidad, vid. p. 99 a 102.

esa razón, se vuelve esencial iniciar la investigación de estos delitos pues sólo con esta se puede poner fin a la comisión de las detenciones ilegales⁴⁷.

Por lo tanto, aún tratándose de delitos comunes y no gozar de la naturaleza de imprescriptibles que sí tienen los crímenes contra la humanidad, su naturaleza de delitos permanentes hace que no estén prescritos, pues al no cesar la situación ilícita -la desaparición de los detenidos-, no ha podido iniciarse el plazo de prescripción⁴⁸.

Algunos autores afirman que para que se pueda considerar que el delito no ha cesado en su carácter permanente se exige que la persona esté viva y privada de libertad durante todo este tiempo, lo que no es posible en el caso español por ser pública y notoria su muerte⁴⁹. Entienden que hacer depender el cómputo de prescripción del momento en que aparezcan los cuerpos supondría interpretar el precepto como un delito de sospecha lo que, por una parte, está vedado constitucionalmente y, por otra, supone además dejar que fenómenos extra típicos determinen el inicio del cómputo de los plazos. Según esta interpretación, el cómputo de la prescripción de los delitos de detención ilegal comienza en el momento del fallecimiento del sujeto, como efectivamente parece haber sucedido en todos los casos a analizar⁵⁰, por lo que realmente se trataría de delitos de asesinato que ya están prescritos⁵¹.

Ante esta interpretación cabe argumentar en contra, por una parte, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han afirmado la innecesariedad de la constatación de que la víctima de las detenciones ilegales se encuentre con vida⁵² y ello porque el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima se configura como un delito contra la libertad, no como uno de presunción de muerte⁵³.

47 Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, ob. cit., razonamiento jurídico noveno.

48 Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., "La terminación del delito...cit., p. 182, 183 y 184.

49 De esta opinión es GIL GIL, A., *La justicia de transición en España...cit.*, p. 98 y 161, quien argumenta que la situación antijurídica cesa con la puesta en libertad o la muerte del detenido de manera que una interpretación contraria no sería compatible con el derecho a no declarar contra uno mismo.

50 Esta conclusión se basa en la interpretación del artículo del artículo 483 del Código Penal de 1973 que tipificaba en ese momento las detenciones ilegales, y en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1990, conocida como del "caso Nani".

51 De todos modos, como indica AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La obligación de investigar los crímenes del pasado...cit.*, p. 20, admitiendo que nos encontremos ante un delito de asesinato, y no un delito de desaparición forzada, este se circunscribiría dentro de los crímenes contra la humanidad, y por tanto imprescriptibles.

52 Artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ob. cit.; artículo, 8.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ob. cit.; Sentencia de 2 de julio de 1996 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala.

53 Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La obligación de investigar los crímenes del pasado...cit.*, p. 19.

Por otra parte, no se puede obviar la línea argumentativa que han seguido los Tribunales españoles con respecto a las detenciones ilegales en las causas en relación con los crímenes de desapariciones forzadas cometidos en Chile y Argentina en virtud de la competencia otorgada por el principio de jurisdicción universal, interpretación que en ningún momento exigió la prueba de que los desaparecidos se encontraran con vida, aún cuando era sabido que muchos de ellos no lo estaban. No se puede ignorar la necesidad de una coherencia argumentativa en los Tribunales que no deben hacer diferenciación entre lo que ocurre fuera y dentro de las fronteras del Estado español.

Por último, si se requiriese para poder investigar y perseguir los delitos de detenciones ilegales que la víctima estuviese viva, ello supondría exigir a los familiares de las víctimas, para que se puedan localizar e identificar a los desaparecidos, probar que están vivos. Y ello no sólo es por completo irracional sino que supondría el establecimiento de una “*probatio diabolica*”⁵⁴ para los familiares de las víctimas que implicaría tácitamente que nunca conseguirían ni verdad ni justicia por los crímenes cometidos.

Así pues, el hecho de que hayan muerto no significa que esto modifique la calificación del delito, que sigue siendo de desaparición forzada. Lo que ocurriría es que una vez confirmada la muerte dará lugar al oportuno concurso de delitos⁵⁵.

Pero aún en el caso de entender como problemática esta interpretación, no se puede olvidar la especial naturaleza de los hechos cometidos, que aún aceptando que se trata de delitos comunes, se han cometido en un contexto de crímenes contra la humanidad. Se trata de violaciones especialmente graves que son materialmente crímenes contra la humanidad, si bien los problemas de legalidad interna les impiden gozar de las especiales características, entre ellas la imprescriptibilidad, que a estas sí les brinda el ordenamiento jurídico internacional. Y esto habrá de ser entendido en el sentido de buscar la interpretación más favorable en contra de su prescripción⁵⁶.

No obstante, estas no deben ser las únicas claves a la hora de analizar la prescripción. Si bien es cierto que nuestro Código penal sólo reconoce la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el artículo 131.4 del Código penal, no debemos olvidar los principios internacionales en esta materia. De este modo, el derecho internacional establece que no pueden empezar a correr los plazos de prescripción hasta que las víctimas de violaciones de derechos humanos no cuenten con recursos eficaces contra esa infracción⁵⁷.

54 Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La obligación de investigar los crímenes del pasado...*cit., p. 19.

55 Cfr. VIVES ANTÓN, T. S. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., [ET AL.] *Derecho penal. Parte especial...*cit., p. 170.

56 Vid. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción nº 5... cit., p. 4.

57 Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad. Resolución de E/CN. 4/2005/102/Add.1, adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 8 de febrero de 2005, principio

Así pues, en el caso que nos ocupa habrá que tener en cuenta que los familiares de las víctimas, durante el tiempo transcurrido entre que se produjeron los hechos delictivos y la entrada en vigor de la Constitución, no pudieron ejercitar acciones penales ningunas⁵⁸. Pero también habrá que tener en cuenta la existencia de una Ley de Amnistía⁵⁹ y la no menos importante tendencia de jueces y tribunales a ignorar sus demandas durante años⁶⁰.

1.3. La existencia de una ley de amnistía

Surge un nuevo escollo en la argumentación del Juez Baltasar Garzón, escollo que también ha servido al Juez Luciano Varela para fundamentar su argumentación: la ley 46/1977, de 15 de octubre, una ley de amnistía que incluía pretendidas disposiciones de perdón y olvido respecto de crímenes que no habían sido investigados, ni perseguidos, ni sus autores habían respondido jamás ante la justicia. Una ley de impunidad a pesar de que se quiera negar su naturaleza.

En primer lugar, no se debe olvidar que la ley de amnistía es incompatible con las normas estatales pues siendo una norma preconstitucional contraviene la Constitución, que impide en su artículo 62. i) la concesión de indultos y, del mismo modo, vulnera el Código penal que ha suprimido la concesión de amnistías de entre las formas de extinción de la responsabilidad establecidas en el artículo 130. Así mismo, las amnistías también son

23: “el período de prescripción, tanto por lo que respecta a las penas como a las diligencias, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción”. Del mismo modo, el artículo 7 del título IV relativo a la prescripción en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución de E/CN. 4/2005/L.10/Add.11, resolución 2005/35 adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas del 19 de abril de 2005, establece que: “Las disposiciones nacionales sobre prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas.” En este mismo sentido, el artículo 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos ob. cit.; artículo 17.2 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ob. cit.; artículo 8.2 de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ob. cit. En cuanto a la jurisprudencia que se ha pronunciado en este sentido, vid. las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDDHH) de 22 de Marzo de 2001, caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania y la Sentencia de 10 de Mayo de 2001, Chipre contra Turquía.

58 Si bien es cierto que, como indica GIL GIL, A., *La justicia de transición en España...* cit., p., 163, el Código Penal español no contiene entre las cláusulas de paralización de la prescripción cuando no hubiese sido posible la persecución penal, esto no hace sino poner una vez más de manifiesto el incumplimiento del Estado español de sus obligaciones internacionales al no adaptar sus normas internas a las exigencias establecidas en los Convenios internacionales.

59 Ley 46/1977, de 15 de octubre de 1977, de amnistía.

60 Resulta ejemplificativo al respecto que sólo después de setenta años un Juez haya tomado la iniciativa de investigar los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo.

incompatibles con el derecho reconocido en la Constitución a un recurso efectivo y a ser oído por un tribunal independiente e imparcial (artículo 24 de la Constitución española).

Por otro lado, la ley de amnistía es también incompatible con el Derecho internacional de los Derechos humanos⁶¹, pues las leyes de indulto y amnistía absolutas son incompatibles con la obligación de investigar y enjuiciar los crímenes contra la humanidad, así como con el deber de garantizar el derecho de toda persona a un recurso efectivo y a ser oída por un Tribunal independiente que impone el derecho internacional a los Estados. Son muchos los instrumentos internacionales que prohíben expresamente las amnistías y otras medidas similares para los autores de crímenes de desaparición forzada, y también muchas las resoluciones judiciales las que niegan la eficacia de las amnistías cuando se vulneran los derechos fundamentales⁶². En particular, la ley de amnistía de 1977 contraviene lo establecido en el artículo 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe las amnistías relativas a violaciones graves de derechos humanos, pacto del que España era parte antes de la elaboración de esta ley por lo que estaría violando el derecho internacional ya desde el momento su redacción⁶³. De este modo, se contraviene la necesidad de respeto de la normativa interna a las obligaciones internacionales, obligación derivada de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*⁶⁴.

Como hemos dicho, los Tribunales españoles a través de la competencia que les otorga el principio de justicia universal, han perseguido las violaciones y crímenes de derechos humanos y derecho internacional. Lo más relevante en relación a la cuestión que se está analizando ahora es que esta persecución la han llevado a cabo aún cuando

61 Sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con el Derecho Penal Internacional, vid., entre otros, ROBERTSON, G., *Crímenes contra la humanidad: la lucha por una justicia global...*cit., p., 283 y ss. ZUPPI, A. L., “En busca de la memoria perdidas: las leyes de amnistía y la impunidad de crímenes de lesa humanidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B.

62 Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ob. cit., artículo 18. “1. Los autores o presuntos autores de actos (*de desaparición forzada*) no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”; Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad, ob. cit., principio 22, 23 y 24; También la propia ONU rechaza el recurso de la amnistía como solución de los conflictos armados o la transición a la democracia y ello ha sido puesto de manifiesto en numerosas ocasiones por la Comisión de Derechos Humanos. En este sentido, el Séptimo informe del Secretario General de la Naciones Unidas sobre la Misión de Observación en Sierra Leona, documento de Naciones Unidas S/1999/836, de 30 de julio de 1999, parraf. 7. En cuanto a la jurisprudencia en este sentido, vid., la Sentencia de Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, de 19 de diciembre de 1998.

63 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ob. cit. fue firmado por España el 28 de septiembre de 1976, ratificado el 27 de abril de 1977 y publicado en el BOE de 30 de abril de 1977.

64 Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción nº 5... cit., p. 4

existía en el Estado de comisión una ley de amnistía⁶⁵. Y ello por considerar que no les era vinculante, pues su existencia contravenía el Derecho internacional. Carece de sentido que el Estado español se ampare en la existencia de esta ley de amnistía de 1977 para no iniciar las investigaciones de los crímenes cometidos y decida mantenerla en vigor, pues supone una clara contradicción en su forma de actuar.

De todos modos, esta ley de amnistía no ampara en todo caso la impunidad ya que en su artículo 1.c) excluye de entre los actos susceptibles de ser amnistiados aquellos que hayan supuesto violencia grave contra la vida o integridad de las personas⁶⁶, lo que permite investigar las desapariciones forzadas que se produjeron en un contexto de crímenes contra la humanidad.

No obstante, aún obviando la normativa internacional al respecto así como los principios y garantías constitucionales, el Juez de Instrucción utiliza acertadamente otro argumento para salvar el escollo que supone la Ley de amnistía. Pues lo cierto es que, por su naturaleza, el delito se sigue produciendo hasta la fecha de hoy y esta permanencia delictiva de la detención ilegal impide la aplicación de la ley de amnistía⁶⁷.

Por último, las normas y jurisprudencia internacionales recuerdan que no sólo se mantiene la impunidad a través de normas de amnistía estrictamente, sino también a través de otras medidas análogas⁶⁸. Cualquier medida que limita las investigaciones y la persecución de los crímenes está también en contra del derecho internacional, pues perpetúa la impunidad al permitir la exoneración de la responsabilidad penal.

Quizá debiéramos preguntarnos en este punto, en que medida la interpretación errónea de la ley no se convierten en ocasiones en brazo de esa ley de amnistía que se

65 Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La obligación de investigar los crímenes del pasado...*cit, p. 23, en concreto en el caso Pinochet, el procesamiento de Miguel Cavallo y el caso Scilingo.

66 Artículo 1. c): “Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”.

67 Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008 ob. cit., razonamiento jurídico undécimo. También, sobre la imposibilidad de que los autores de delitos permanentes que se han consumado pero aun no han terminado se benefician de la aplicación de una ley de amnistía, BORJA JIMÉNEZ, E., “La terminación del delito...cit., p. 182 y ss. No compartimos en este punto la opinión contraria de GIL GIL, A., *La justicia de transición en España...*cit., p., 163, quien entiende que para considerar un delito incluido en el ámbito de una Ley de amnistía, basta con que se comenzara a realizar en los plazos previstos aún cuando su consumación fuese posterior.

68 Artículo 18.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ob. cit., “1. Los autores o presuntos autores de actos (*de desaparición forzada*) no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”.

extiende por el ordenamiento jurídico impidiendo que los crímenes sean juzgados o tan siquiera investigados⁶⁹.

Así, afirmaciones del Juez Luciano Varela tales como “*es manifiestamente contrario a Derecho no excluir la relevancia penal de los hechos denunciados por la Amnistía establecida en la Ley 46/1977*”⁷⁰, si bien son admisibles desde la lógica de la capacidad interpretativa de los jueces, lógica que el propio Juez Luciano Varela niega, es una interpretación equívoca y *contra legem* de la ley de amnistía que no sólo está evitando la persecución penal de los crímenes contra la humanidad cometidos, sino que está sirviendo para amparar un juicio por prevaricación. Paradójicamente, lo que algunos entienden como producto de la “*imaginación creativa*” de un juez es la interpretación correcta de la ley, y los argumentos que sustentan la querrela por prevaricación son precisamente una interpretación errónea que transforma una ley de amnistía en una ley de punto final.

2. Prevaricación e interpretación

Como ha quedado reflejado en este análisis, cuando hablamos de los crímenes cometidos durante la Guerra civil española y la dictadura franquista las soluciones no son claras ni mucho menos unánimes. Son varios los resultados posibles y más en este caso, donde se planteaban cuestiones jurídicas nuevas, se analizaban los parámetros del principio de legalidad o la vigencia de la ley de amnistía.

Ello es así porque la ley, en su esencia, tiene diversas interpretaciones. No hay verdades únicas, ni interpretaciones únicas. La interpretación que hace el Juez Baltasar Garzón, en tanto que no se aleja de los parámetros interpretativos de la ley exigidos y que, como vemos, está avalada por un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, es absolutamente válida, por lo que es equivocada la tajante afirmación realizada por el Juez Luciano Varela de que “*las resoluciones dictadas por el querrellado son objetivamente contrarias a Derecho*”⁷¹. De la misma forma, las tesis en contra pueden considerarse erróneas, pero en tanto que sean fundadas y sostenibles, tampoco serían merecedoras de ser tachadas de prevaricadoras.

Las argumentaciones del Juez Garzón pueden ser compartidas, o no, pero no puede calificarse de “*imaginación creativa*” y dar lugar a un procesamiento por prevaricación

69 En este sentido, Amnistía Internacional considera que la existencia de una ley de amnistía y su aplicación judicial no ha sido realmente el factor determinante en la justicia española para evitar que toda pretensión jurídica respecto a los crímenes cometidos llegara a buen término. Lo determinante ha sido toda una serie de formalismos jurídicos que han impedido que se haga justicia y que han perpetuado la impunidad de estos crímenes. Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *España: poner fin al silencio y a la injusticia...cit.*, p. 53 al indicar que la Ley de Amnistía mandó un mensaje de desmovilización a toda pretensión de justicia, mensaje que como vemos continúa en la actualidad.

70 Vid. Auto de 3 febrero de 2010, ob. cit.

71 Vid. Auto de 3 febrero de 2010, ob. cit.

porque se trata de una opinión válida, válida como muchos los resultados posibles de la interpretación correcta de la ley.

No se puede negar a los jueces y magistrados la esencia de la función judicial, que es la libertad interpretativa de la norma, un terreno dentro del cual pueden moverse encontrando más de un resultado válido⁷².

Del mismo modo que no es función del Tribunal Supremo la imposición de una determinada interpretación de la ley, castigando la disidencia a través de la prevaricación. La prevaricación no puede ser un mecanismo para unificar la doctrina, un mecanismo correctivo que pretenda castigar a aquellos que se apartan de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷³. No es un instrumento para castigar ni el disenso interpretativo, ni tan siquiera el error en la interpretación de la norma⁷⁴. Existen interpretaciones unánimes, pero también muchas otras que aún siendo minoritarias o novedosas, son válidas, pues parten de una correcta interpretación de la ley y están bien fundamentadas. Incluso hay interpretaciones erróneas (y tantas), pero para ellas está reservado el mecanismo del recurso, no el de la prevaricación.

En conclusión, pretender buscar la injusticia en una interpretación que no sólo busca la no impunidad de los crímenes franquistas, sino que es avalada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, parece, a juicio de la autora, un grave error.

III. LA QUERRELLA PRESENTADA EN ARGENTINA

En medio del intenso debate mediático en el que expertos, asociaciones y diversas personalidades de la cultura han discutido sobre la conveniencia o no investigar los crímenes cometidos durante la Guerra civil española y la dictadura franquista, y tras el procesamiento al Juez Baltasar Garzón por prevaricación, el pasado 14 de abril un grupo de juristas y asociaciones de derechos humanos⁷⁵ presentó una querrela en Buenos Aires,

72 La LOPJ en su artículo 5.1 atribuye a los Jueces y Tribunales la aplicación e interpretación de la ley:

“1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”

73 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Prevaricación e interpretación...cit., p. 5 y 7.

74 Bien pudiera parecer que con el Auto de 3 de febrero de 2010, ob. cit. se está “criminalizando el debate jurídico”, tal y como defienden muchas voces entre las que se encuentra Victoria Rossel, portavoz de Jueces para la Democracia.

75 La denuncia ha sido presentada por un total de diez organizaciones no gubernamentales: Asociación de Recuperación de la Memoria Histórica; Abuelas de Plaza de Mayo; Liga argentina por los Derechos del Hombre; Comisión Provincial por la Memoria; Asamblea Permanente por los Derechos Humanos; Centro de Estudios Legales y Sociales; Asociación de ex

Argentina, para que los tribunales de este país abran la investigación de los crímenes franquistas en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal. Esta querrela, que ha generado tantas críticas como alabanzas, presenta algunas cuestiones controvertidas que merecen ser tenidas en consideración, aunque sea con la brevedad que las limitaciones de este trabajo imponen.

1. La calificación de los hechos cometidos como un genocidio

La primera cuestión que genera controversia es la calificación que se hace en la querrela de los crímenes cometidos por el franquismo como un genocidio. Es más que discutida esta calificación como genocidio, porque la doctrina nacional e internacional, así como diversos tratados, entre los que se incluyen el Estatuto de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional⁷⁶, establecen que la persecución de grupos políticos es un crimen contra la humanidad que no entraría dentro del tipo de genocidio, que se circunscribe exclusivamente como la persecución de un grupo nacional, religioso, étnico o racial⁷⁷. No obstante, es cierto que cada vez son más las voces (incluida la del Ponente Especial de las Naciones Unidas sobre el Genocidio, Benjamin Whitaker⁷⁸) que reivindican que la intención de destruir total o parcialmente grupos políticos no se puede excluir de la categoría de genocidio⁷⁹.

detenidos-desaparecidos; Federación de Asociaciones Gallegas de la República de Argentina; Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales y el Comité de Acción Jurídica— y por dos particulares, Darío Rivas Cando e Inés García Holgado. Estos dos últimos denuncian, respectivamente, la muerte de su padre y de tres tíos.

76 Artículo 6: “Genocidio. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (...)”.

77 Son muchos los autores que se han manifestado en contra de la idea de “autogenocidio”. Vid., entre otros, GIL GIL, A., “La Sentencia de la Audiencia Nacional...cit., p. 4; *El delito de genocidio y otros crímenes internacionales*, (Centro Francisco Tomás y Valiente, Valencia, 1999), p. 145 y ss.; *Derecho penal internacional...cit.*, p. 181 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El genocidio en el Derecho penal español”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, nº 8, 1999, p. 559 y ss.; SCHABAS, *Genocide in international Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2000), p. 114 a120.

78 Informe sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio (E/CN.4/Sub.2/1985/6).

79 Otros autores consideran también que el exterminio de grupos políticos debe ser considerado como genocidio. Vid., SERRANO PIEDECASAS, J. R., “El delito de genocidio. Especial referencia al “caso Pinochet” en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, (Tecnos, Madrid, 2002), p. 1505 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº4, 2000, p. 151 y ss. Por otro lado, son muchos los países que ya han incorporado en sus ordenamientos jurídicos nacionales la persecución penal de genocidio de un grupo político, entre otros, Costa Rica, Polonia, Lituania o Francia. Del mismo modo, la Audiencia Nacional, en sus autos de 5 de noviembre de 1998, sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Chile,

Sea como fuere, se pueda calificar o no jurídicamente como genocidio, lo cierto es que el régimen franquista llevó a cabo un plan sistemático de exterminio que pretendía la eliminación de todo aquel que siguiera la causa republicana, buscando acabar con los “otros”, el enemigo que era necesario aniquilar y erradicar de la sociedad. Así, como ejemplo que evidencia esta intención de erradicar todo el grupo de defensores o partidarios de la República está el secuestro masivo de niños, “los niños perdidos del franquismo”⁸⁰, como un mecanismo de destrucción de los “rojos” para depurar la raza apartándolos de sus familias.

2. El ejercicio de la jurisdicción universal por Argentina

Ahora que el Estado español ha abandonado la senda de la jurisdicción universal⁸¹ después de la modificación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸², que limita y casi elimina esta competencia de nuestro ordenamiento jurídico⁸³, Argentina

y sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Argentina, afirma que el concepto “social” de genocidio incluye la destrucción de cualquier grupo humano.

80 Sobre los “*niños perdidos del franquismo*”, vid. por todos, RODRÍGUEZ ARIAS, M. A., *El caso de los niños...cit.*, *pássim*.

81 Entre la muy numerosa bibliografía acerca de la jurisdicción universal y su ejercicio, vid., SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, (Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004); GARCÍA ARÁN, M. / LÓPEZ GARRIDO, D., (Coord.) *Crimen internacional y jurisdicción universal: (el caso Pinochet)*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000); AAVV., *El principio de justicia universal*, (Colex, Madrid, 2001); PRINCETON PROYECTO ON UNIVERSAL JURISDICTION, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, 23 de julio de 2003; BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo” en *La Ley*, nº 2, 2004, p. 1634-1646; BASSIOUNI, CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42:1, 2001; BERGALLI, R., “Principios de Justicia Universal y modernidad jurídico penal”, en AAVV, *El principio de justicia universal*, (Editorial Colex, Madrid, 2001); GARCÍA SÁNCHEZ, B., *Límites a la ley penal en el espacio*, (Atelier, Barcelona, 2004); SZMUKLER, B., “El principio de justicia universal y su aplicación judicial. Conclusiones” en AAVV, *El principio de justicia universal*, (Editorial Colex, Madrid, 2001).

82 (...) “Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles:” (...).

83 Sobre la reciente reforma de la jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español, vid. CHINCHÓN ALVAREZ, J., “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»”, en *Diario La Ley*, nº 7211, 2009; NIETO GARCÍA, L.C., “La reforma de la jurisdicción universal: un acuerdo para desandar un avance en la defensa de los derechos humanos”, en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, nº 106, 2009, p. 155-159;

toma el testigo ante la impunidad alarmante de los crímenes franquistas en virtud de la competencia que le infiere su Constitución⁸⁴. Al igual que la justicia española ejerció la competencia universal en Argentina, entendiendo que los crímenes que allí se habían cometido trascendían de las competencias jurisdiccionales exclusivas argentinas por afectar a la humanidad en su conjunto, ahora desde Argentina se busca luchar contra la impunidad existente en el Estado español durante más de setenta años.

Resultaría paradójico criticar las investigaciones que se pretenden llevar a cabo en Argentina en virtud del ejercicio de jurisdicción universal cuando el Estado español ejerció acertadamente esta jurisdicción en su momento⁸⁵. Y fue un acierto no sólo porque los crímenes contra la humanidad deben ser perseguidos sea cual sea el lugar de comisión o nacionalidad del autor del delito, sino porque las causas abiertas en España tuvieron otro efecto positivo que fue el de servir de revulsivo para que Argentina modificara su ley y derogara sus Leyes de Obediencia Debida y Punto Final que impedían la persecución penal e investigación de las desapariciones forzadas cometidas dentro de sus fronteras⁸⁶.

En esta misma línea, hay muchas voces que critican el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de Argentina, cuestionando no sólo la competencia sino la propia legitimidad de un país con un pasado de impunidad. Al margen de que en la actualidad en Argentina sí se están persiguiendo los crímenes cometidos durante la dictadura argentina, la persecución de los crímenes contra la humanidad no exige una suerte de legitimidad moral para hacerlo porque, como decimos, en el ejercicio de la jurisdicción universal se procura la lucha contra la impunidad y la defensa de los derechos humanos al margen de intereses particulares y circunstancias específicas del Estado, incluso de su propio pasado⁸⁷. Por cierto, y siguiendo esa errada argumentación, entonces el Estado español

BUJOSA BADELL, L. M., “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *Diario La Ley*, nº 7298, 2009.

84 Art. 118: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.”

85 Vid., sobre el ejercicio del principio de jurisdicción universal por los Tribunales españoles en Argentina, entre otros, AMBOS, K., *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, (Montevideo, 2003); *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, (Comares, Granada, 2006); OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes...*cit.

86 Las Leyes de Obediencia Debida y Punto de 1987 y 1986, respectivamente, fueron finalmente declaradas nulas por la Corte Suprema de Justicia argentina, al ser consideradas inconstitucionales el 14 de junio de 2005.

87 El principio de jurisdicción universal se basa precisamente en la no existencia de ningún punto de conexión o interés particular del país para ejercitar esa competencia, de manera que el Estado actúa como miembro o agente de la comunidad internacional defendiendo sus

tampoco habría tenido en su momento ninguna legitimidad moral para perseguir los crímenes cometidos en Chile y Argentina con ese terrible pasado de absoluta impunidad a sus espaldas.

Aún más, criticar las causas abiertas en Argentina viene a confirmar los argumentos errados de quien piensa que España sí tiene *auctoritas* para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos en una ex colonia, pero Argentina carece de esa potestad en una ex metrópolis. Ante esta argumentación que entiende la justicia universal como una suerte de “imperialismo universal”⁸⁸, no podemos más que preguntarnos qué legitimó el Estado español a investigar los 30.000 desaparecidos en Argentina, cuando en España se estima que hay más de 150.000, más que todos los desaparecidos en Sudamérica, ostentando el triste record de ser el segundo país del mundo con más desaparecidos después de Camboya, y qué hace que Argentina carezca ahora de esta legitimación.

Por lo tanto, que exista o no en España una ley de amnistía o de punto final, no impide el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros Estados. Por el contrario, el establecimiento de leyes de amnistía es un factor claro de impunidad que obliga a los Estados competentes a ejercer la jurisdicción universal⁸⁹. Oponerse ahora a la querrela presentada en Argentina argumentando que existe una ley de amnistía en España, pidiendo respeto al ordenamiento jurídico español, no tiene sentido cuando el

intereses jurídicos, entre los que se encuentra la lucha contra la impunidad de los crímenes contra la humanidad. Vid., BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio...cit., p. 1638. El fundamento de la represión universal se encuentra en la especial y extrema gravedad de los crímenes y en el menoscabo de los valores fundamentales que estos ocasionan, de suerte que el ataque trasciende a las víctimas para afectar al conjunto de la comunidad internacional. Por eso, no sólo no exige que no existan estos intereses particulares, ni siquiera que se atienda a la legitimidad o no del Estado que ejerce la jurisdicción universal a la luz de su propio pasado, sino que lo ideal es que cualquier interés o implicación con estos no existan, porque de otro modo no estaríamos frente al ejercicio de la jurisdicción universal, sino ante otro título. Tanto es así que, no puede haber otra jurisdicción universal que no sea la pura y absoluta porque, sencillamente, con filtros o límites ya no podemos hablar de jurisdicción universal.

88 La utilización del principio de jurisdicción universal está rodeada de una gran polémica dentro de la que destaca, fundamentalmente, que puede dar lugar a una aplicación desigual del derecho pues posibilita la imposición del derecho de los países política y económicamente más poderosos sobre los más débiles. Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, B., *Límites a la ley...cit.*, p. 154. Es por ello que el principio de jurisdicción universal es criticado por algunos al entenderlo como un mecanismo de imperialismo jurisdiccional que se ejerce sobre países menos desarrollados y defendido por otros que aceptan esa misión imperialista.

89 Aunque es discutido por la doctrina la naturaleza obligatoria del principio de jurisdicción universal (y algunos autores afirman que se configura como un derecho, no como una obligación de todos los Estados a perseguir y castigar determinados delitos en nombre de la comunidad internacional), son muchos los autores que consideran que es un deber y una obligación de cada una de las naciones luchar contra los actos criminales que afectan de manera más atroz a los derechos más elementales, a la paz internacional y a la comunidad en general. Vid., sobre estas teorías, BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio...cit., p. 1638.

Estado español, acertadamente, persiguió los crímenes contra la humanidad cometidos fuera de sus fronteras aun cuando en el Estado de comisión existía una ley de amnistía. Precisamente, en el Estado donde se presenta la querrela, Argentina, existía una Ley de Obediencia Debida y Punto Final cuando los tribunales españoles ejercieron la jurisdicción universal para perseguir las desapariciones forzadas ocurridas durante la dictadura argentina, leyes que fueron acertadamente obviadas porque así lo exige el ejercicio de la jurisdicción universal⁹⁰.

No obstante, si puede ser discutible la posibilidad de calificar como crímenes contra la humanidad los crímenes del franquismo (y buena parte del artículo viene a señalar lo controvertido de esa calificación), y por tanto perseguirlos como tal, no es objeto de discusión que la jurisdicción universal ejercida por terceros Estados es, y debe ser, ajena a la calificación que dentro del propio Estado se haga de los crímenes cometidos y, asimismo, a las limitaciones que este Estado tenga para poder juzgarlos derivadas de su ordenamiento jurídico.

Por esta razón es imprescindible la actuación de terceros Estados que “ayuden” al Estado español en sus limitaciones internas para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos⁹¹, pues precisamente el principio de jurisdicción universal viene a garantizar la justicia cuando un Estado no puede o no quiere perseguir los crímenes cometidos dentro de sus fronteras⁹².

90 Vid. Sentencia nº 15/2005 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, de 19 de abril de 2005 (Caso Scilingo), y Sentencia del Tribunal Supremo nº 798/2007, de 1 de octubre de 2007.

91 Por ello se abogaba en el Voto particular que formulan los magistrados José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel al auto de 2 de diciembre de 2008 que declara la incompetencia del Juez Central de Instrucción, punto V.

92 Existe una importante polémica doctrinal sobre el carácter subsidiario o concurrente del principio de justicia universal con respecto a la actuación del Estado competente en virtud del principio de territorialidad, es decir, aquel en el que se han cometido los crímenes. Existen autores que entienden que el principio de justicia universal es subsidiario del principio de territorialidad, argumentando que es más conveniente que sea el Estado competente territorialmente el que juzgue porque allí es más fácil recoger las pruebas y se cumpliría mejor la función de prevención general. Por otro lado, también se considera que es mejor la jurisdicción territorial desde el punto de vista de la eficacia, ya que facilita la presencia de víctimas y testigos en los procesos demostrando a la sociedad civil que se está haciendo justicia. Esta es la opinión también de nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de febrero de 2003 en el “*caso Guatemala*”, quien considera que la jurisdicción universal sólo estaría justificada en caso de inexistencia de jurisdicciones inicialmente competentes, de manera que la inactividad de la jurisdicción territorial sería un criterio suficiente para determinar la puesta en funcionamiento del principio de justicia universal. Vid., de esta misma opinión, AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Acabar con la impunidad. Justicia para las víctimas de tortura*, noviembre de 2001, índice AI: ACT 40/024/2001, p. 90; SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción universal penal...cit.*, p. 320-336; SZMUKLER, B., “El principio de justicia...cit.”, p. 213; GARCÍA SÁNCHEZ, B., *Límites a la ley penal...cit.*, p. 116 y 155, según la cual el principio de subsidiariedad debe regir para evitar el

3. La necesidad del ejercicio del principio de jurisdicción universal

El Estado español, que presume de una transición modélica a la democracia, decidió que la estabilidad, el olvido y la amnesia colectiva debían primar sobre la justicia. Decidió que no era necesario encontrar los desaparecidos, reparar a las víctimas, conocer la verdad de lo que había ocurrido o depurar responsabilidades de todos los que de una u otra forma participaron en los crímenes de la dictadura, no sólo militares, sino también ministros franquistas e incluso jueces, que (ellos sí) dictaron normas injustas a sabiendas de su injusticia, confundiendo así la necesidad de paz y estabilidad tras una dura dictadura con una alternativa a la verdad y la justicia. El Estado español olvidó así que el proceso de reconciliación nunca debe ser una excusa para la impunidad de los crímenes cometidos ni para la violación de los derechos la verdad, justicia y reparación de las víctimas⁹³.

ne vis in idem y para solucionar los casos de concurrencia de jurisdicciones en el ámbito internacional, además de que es precisamente la inactividad del Estado lo que hace que la jurisdicción universal cobre todo su sentido para evitar la impunidad de los crímenes internacionales. Otro sector de la doctrina considera que no rige el principio de subsidiariedad, sino los de concurrencia y necesidad de intervención a fin de evitar la impunidad, de manera que la ineffectividad o inactividad de los órganos jurisdiccionales territorialmente competentes no debe ser un requisito para alegar el principio de justicia universal. Así se apreciaba en el voto particular emitido por siete magistrados del Tribunal Supremo español sobre la sentencia del 25 de febrero de 2003 del “caso Guatemala”. Según algunos autores, evidentemente, en caso de concurrencia de jurisdicciones tiene prioridad la competente con base al principio de jurisdicción territorial, vid., BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción...cit., p. 1649.

93 Las víctimas del delito de desaparición forzada tienen reconocido internacionalmente el derecho a obtener reparación. El derecho a la reparación de la víctima va acompañado de la necesidad de que ésta sea una “*restitutio in integrum*”, que incluye la implicación del Estado en la reparación de las víctimas-familiares más allá de la mera ayuda a través de subvenciones, de manera que el derecho a la reparación no se cumple con declaraciones simbólicas y compensaciones económicas. En segundo lugar, tienen también el derecho a la verdad, a saber, a conocer la verdad de cómo se llevaron a cabo esas violaciones y de la suerte que corrieron las personas desaparecidas. Las familias de las víctimas no han encontrado aún a sus desaparecidos y por tanto no han tenido la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en las que se cometieron estos crímenes. Aunque es cierto que la investigación penal no dará la verdad más absoluta, sí que por lo menos desenterrará el olvido más absoluto, desenterrará las víctimas que aún siguen enterradas en las cunetas por toda la geografía española. Así mismo, no se debe olvidar que el derecho a la verdad no es solamente un derecho individual, sino un derecho colectivo que tiene su contrapartida en el deber de recordar de los Estados. En tercer lugar, las víctimas tienen reconocido el derecho a obtener una tutela efectiva de los Tribunales de justicia para poder satisfacer el derecho a la justicia, la verdad y la reparación. El derecho a los recursos es un derecho inderogable reconocido en el derecho consuetudinario y convencional e incluye la investigación sin demora, efectiva independiente e imparcial, el acceso a la justicia, la reparación adecuada y efectiva del daño sufrido y el acceso a información objetiva sobre la violación de derechos humanos cometida. De esta suerte, la ausencia de una investigación efectiva por parte del Estado supone una vulneración del derecho recogido no sólo en la Constitución española a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1, sino también de diversos Tratados internacionales que establecen esta obligación.

Resulta evidente que esos derechos no se obtienen con la adopción por parte del Estado de leyes de amnistía⁹⁴, ya que la deuda con las víctimas de crímenes contra la humanidad no puede ser cancelada por actos del Estado de perdón u olvido⁹⁵. Ni tampoco con una Ley de Memoria Histórica⁹⁶ que no sólo fue insuficiente -pues no satisfizo ni tan

Son muy numerosos los tratados internacionales que reconocen estos derechos: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad, ob. cit.; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, ob. cit.; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ob. cit.; Declaración sobre los principios fundamentales de la justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en la resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, donde se estableció la importancia del derecho a la reparación; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ob. cit.

94 La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas instó a la derogación de la Ley de amnistía y pidió que la creación de una comisión independiente encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra Civil. Vid. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ninety-fourth session, 31 October 2008, Adopts Final Conclusions and Recommendations on Reports of Denmark, Monaco, Japan, Nicaragua and Spain.

95 Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *España: poner fin al silencio y a la injusticia...* cit., p. 12.

96 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, comúnmente conocida como Ley de Memoria Histórica, entre otras deficiencias, en sus artículos 12 y 13, establece que el Estado sólo tiene la responsabilidad de facilitar las gestiones de los familiares de las víctimas en la búsqueda de los restos de los desaparecidos mediante la concesión de subvenciones, así como la responsabilidad de elaborar mapas y regular la ocupación temporal de los terrenos de ser ésta necesaria. Pero la Ley de Memoria Histórica no plasma las exigencias internacionales. Carece de sentido que sean los familiares de las víctimas los que por medio de asociaciones y ayudas del Estado asuman la responsabilidad y el esfuerzo de la labor de exhumación e identificación de los restos de sus desaparecidos. El Estado español incumple con la grave responsabilidad internacional de la localización, levantamiento y examen de los restos mortales, en definitiva, la obligación de tener un papel activo en el esclarecimiento de los crímenes, al delegar esta responsabilidad en las asociaciones de familiares de las víctimas. El Estado está obligado a realizar un adecuado examen de la escena de estos crímenes y de la recuperación del material probatorio, cumpliendo con un protocolo de exhumación, identificación e inhumación de los cadáveres, ya que se trata, en último término, de pruebas judiciales. Vid. PAREJO ALFONSO, L., "Administración pública y memoria histórica"; MARTÍN PALLÍN, J. A. / ESCUDERO ALDAY, R., (ed.) *Derecho y memoria histórica*, (Editorial Trotta, Madrid, 2008), p. 147 y ss, que habla del deber de "facilitación" de la Administraciones públicas de las actividades de localización e identificación de restos de desaparecidos víctimas de la violencia, actividades que son privadas; RODRÍGUEZ ÁRIAS, M. A., "La nueva ley "de la memoria" y la vulneración de los artículos

siquiera medianamente las exigencias de esclarecimiento de verdad, justicia y reparación que las víctimas han formulado al largo de los años-, sino que perpetúa el olvido de los crímenes cometidos⁹⁷. Durante años el Estado español, al mismo tiempo que ignoraba estos derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, desatendió sus deberes nacionales e internacionales de iniciar una investigación oficial, de oficio e independiente de los crímenes contra la humanidad ocurridos durante la Guerra Civil y el posterior período franquista⁹⁸.

2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo”, en *Jueces para la democracia*, nº 63, 2008, p.73 y ss.

97 Sobre la Ley de Memoria Histórica y la memoria histórica en general, vid. MARTÍN PALLÍN, J. A. / ESCUDERO ALDAY, R., (ed.) *Derecho y memoria...cit.*; EIROA, P.D /OTERO J.M, (compilado por), *Memoria y Derecho penal*, (Ed. Fabian di Placido, Buenos Aires, 2007); ACOSTA BONO, G. / DEL RÍO SÁNCHEZ, Á. / VALCUENTE DEL RÍO, J. M., *La recuperación de la memoria histórica. Una perspectiva transversal desde las Ciencias Sociales*, (Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia, Sevilla, 2007); CAPELLÁ I ROIG, M., “La recuperación de la Memoria Histórica desde la perspectiva jurídica e internacional”, en *Entelequia. Revista Interdisciplinar*: Monográfico, nº 7 septiembre de 2008; MORENO DÍAZ, J.A., “Perspectivas sobre la Ley de Memoria...cit.”; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *España: poner fin al silencio y a la injusticia...cit.*; *Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: no hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de “derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo*, 2006, documento electrónico [http:// www.es.amnesty.org/paises/españa/](http://www.es.amnesty.org/paises/españa/); *La obligación de investigar los crímenes del pasado...cit.*

98 Son muy numerosos los tratados internacionales que establecen esta obligación de investigar. Entre otros: artículo 12.2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ob. cit.: “Siempre que haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, las autoridades a las que hace referencia el párrafo 1, iniciarán una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal”. También el artículo 24.2 que establece “la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida”; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, ob. cit., artículo 13.6: “Deberá poderse hacer una investigación, con arreglo a las modalidades descritas en los párrafos que anteceden, mientras no se haya aclarado la suerte de una víctima de desaparición forzada”; artículo 2.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ob. cit.: “b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial”; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, ob. cit., artículo 3. b): “(obligación de) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional”; También en otros documentos como las Resoluciones 1994/39 y 1995/38; Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o la Decisión Marco 2003/335/JAI del Consejo Europeo de 8 de mayo de 2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Sobre la opinión del Tribunal Europeo

Muchos pensaron y aún piensan que el camino para la reconciliación es el paso del tiempo, el silencio y el olvido⁹⁹. Que hay que aprender a mirar al presente y al futuro y olvidar el pasado. Muchos aún los que piensan que el inicio de las investigaciones no sólo es innecesario sino que es criminalizable. Pero los familiares, a pesar del tiempo y los esfuerzos del Estado de acallar sus demandas¹⁰⁰, nunca han podido olvidar a las más de 150.000 personas desaparecidas. Padres, madres, enterrados en fosas comunes, en campos y cunetas por todo el Estado¹⁰¹. No nos encontramos ante un asunto del pasado, algo que sólo ha de ser juzgado por el paso del tiempo y los historiadores. Estamos ante víctimas reales, fosas reales, restos mortales reales de miles de desaparecidos cuyas familias no los han olvidado. No hay, ni nunca habrá, olvido y perdón sin justicia porque el tiempo no cura las heridas producidas por crímenes tan execrables y ultrajantes como son las desapariciones forzadas en un contexto de crimen contra la humanidad.

Después de la inactividad durante años de la justicia y el gobierno español, ante las voces que siguen argumentando que la impunidad es la solución y el futuro el olvido, y tras el inicio del procesamiento penal por prevaricación al Juez Garzón por tratar de investigar los crímenes franquistas, parece más que necesaria esta querrela presentada en Argentina. En una situación de total impunidad, y tras la reciente persecución penal y criminalización de las investigaciones que ha cerrado definitivamente las puertas a que ningún Juez en el

de Derechos Humanos al respecto de la necesidad de una investigación eficaz, vid Assenov contra Bulgaria, 28 de octubre de 1998, Mc Cann contra el Reino Unido, 27 de septiembre de 1995, Tanis contra Turquía, de 30 de noviembre de 2005. En la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional Español también podemos encontrar referencias a la necesidad de una investigación suficiente y efectiva para dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva declarado en el art. 24.1 de la Constitución española. Entre otras vid., Sentencias del Tribunal Constitucional, nº 123/2008, de 20 de octubre o la nº 52/2008 de 24 abril.

99 Quienes se amparan en la necesidad del olvido como base para la reconciliación social ignoran que para que esta sea duradera es necesaria la justicia, pues sólo cuando podamos mirar al pasado sin vergüenza podremos hablar de auténtica reconciliación y con ello una convivencia más justa y pacífica. ¿Cómo podemos llegar a hablar de una reconciliación real cuando después de más de setenta años sigue habiendo más de 150.000 desaparecidos, desaparecidos que no olvidados por sus familias? ¿Cómo podemos hablar de reconciliación cuando a pesar del silencio al que se han visto obligadas las familias durante años en aras del mantenimiento de una reconciliación ficticia, no han conseguido acallar nunca sus reivindicaciones de justicia?

100 Los familiares de las víctimas nunca han dejado de intentar que se escucharan sus reivindicaciones, buscando la justicia en los Tribunales españoles durante años sin obtener más respuesta que el silencio, de manera que la Audiencia Nacional terminó por presentarse como el único y último recurso efectivo para ellos. Cfr., CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Examen del Auto del Juzgado de Instrucción nº 5...cit., p. 2.

101 BENJAMÍN PRADO expresa a la perfección el sufrimiento y la angustia de las víctimas en su artículo "Un tupido velo. 140.000 muertos invisibles", para el periódico El País en http://www.elpais.com/articulo/portada/tupido/velo/elpepusoeps/20090118elpepspor_10/Tes (18/01/2009) "*(los desaparecidos) parecen haber sido enterrados dos veces, una bajo la tierra fúnebre de la tiranía y otra bajo la burocracia de la libertad*".

Estado español quiera, pueda o se atreva a perseguir los crímenes franquistas, la querella en Argentina es algo más que un hecho simbólico, más que una controversia pasajera: es una esperanza de justicia.

Si estas querellas en Argentina tuvieran éxito¹⁰² y se llevara a cabo a apertura de las investigaciones, se podrían esclarecer los hechos producidos y exhumar los cadáveres de los desaparecidos con las garantías que el procedimiento ofrece para poder dar las familias por fin un digno adiós. Siendo optimistas, ya sería todo un éxito que estas querellas tuvieran el mismo efecto que tuvieron en su momento las querellas iniciadas en España por la comisión de crímenes contra la humanidad en Argentina: la asunción de sus responsabilidades por parte del Estado español con la apertura de las investigaciones y la conciencia de que estos crímenes no pueden quedar impunes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *El principio de justicia universal*, (Colex, Madrid, 2001).
- ACOSTA BONO, G. / DEL RÍO SÁNCHEZ, Á. / VALCUENTE DEL RÍO, J. M., *La recuperación de la memoria histórica. Una perspectiva transversal desde las Ciencias Sociales*, (Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia, Sevilla, 2007).
- AMBOS K., *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, (Montevideo, 2003).
- AMNISTÍA INTERNACIONAL:
 - *Acabar con la impunidad. Justicia para las víctimas de tortura, noviembre de 2001, índice AI: ACT 40/024/2001.*
 - *España: poner fin al silencio y a la injusticia, la deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista, 2005, documento electrónico <http://www.es.amnesty.org/paises/españa/>;*
 - *Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: no hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de “derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, 2006, documento electrónico <http://www.es.amnesty.org/paises/españa/>;*
 - *La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo, noviembre de 2008, www.es.amnesty.org/paises/españa/;*

102 El Juzgado número 1 de la Cámara Federal argentina, cuya titular es la magistrada María Servini de Cubria, no admitió a trámite la querella interpuesta, si bien ya ha sido presentado un recurso de apelación al fallo en cuestión, estimándose que será revocada esta decisión.

- *Manifiesto: Para pasar página primero hay que leerla, de 20 de noviembre de 2008.* www.es.amnesty.org/paises/espana/victimas-de-la-guerra-civil-y-del-franquismo/firma-el-manifiesto/
- BASSIOUNI, CH., *Crimes against humanity in Internacional Criminal Law*, (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/ Boston/ Londres, 1992).
- BASSIOUNI, CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42:1, 2001.
- BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo” en *La Ley*, nº 2, 2004.
- BERGALLI, R., “Principios de Justicia Universal y modernidad jurídico penal”, en AAVV., *El principio de justicia universal*, (Editorial Colex, Madrid, 2001).
- BORJA JIMÉNEZ, E., “La terminación del delito”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, enero-abril, 1995.
- BUENO ARÚS, F., “Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo)”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, nº 34, enero 2007.
- BUJOSA BADELL, L. M., “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, en *Diario La Ley*, nº 7298, 2009.
- CAPELLÁ I ROIG, M., “Los crímenes contra la Humanidad en el caso Scilingo”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 10, 2005.
- CAPELLÁ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2005).
- CAPELLÁ I ROIG, M., “La recuperación de la Memoria Histórica desde la perspectiva jurídica e internacional”, en *Entelequia. Revista Interdisciplinar: Monográfico*, nº 7 septiembre de 2008.
- CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Notas sobre la prevaricación judicial dolosa”, en *La Ley*, nº 5541, mayo de 2002.
- CHINCHÓN ALVAREZ, J., “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional”, en *Diario La Ley*, Año XXIX, nº 7054.

- CHINCHÓN ALVAREZ, J., “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»”, en *Diario La Ley*, nº 7211, 2009.
- CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999).
- EIROA, P.D /OTERO J.M, (compilado por), *Memoria y Derecho penal*, (Ed. Fabian di Placido, Buenos Aires, 2007).
- EQUIPO NIZKOR, *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, 2004, documento electrónico, www.derechos.org/nizcor/españa/doc/impuesp.html.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El genocidio en el Derecho penal español”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, nº 8, 1999.
- FERRER BARQUERO, R., *El delitos de prevaricación judicial*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2002).
- GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, (Tecnos, Madrid, 1990).
- GARCÍA ARÁN, M. / LÓPEZ GARRIDO, D., (Coord.) *Crimen internacional y jurisdicción universal: (el caso Pinochet)*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., *Límites a la ley penal en el espacio*, (Atelier, Barcelona, 2004).
- GIL GIL, A., *El delito de genocidio y otros crímenes internacionales*, (Centro Francisco Tomás y Valiente, Valencia, 1999).
- GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, (Madrid, Tecnos, 1999).
- GIL GIL, A., “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005.
- GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, (Comares, Granada, 2006).
- GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, (Atelier Barcelona, 2009).
- GÓMEZ BENITEZ, J. M., “El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 4, 2000.

- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta jurídica penal internacional*. Documento nº 6, 2002.
- LAMARCA PÉREZ, C., “Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, nº 34, enero 2007.
- LANDROVE DÍAZ, G., *Detenciones ilegales y secuestros*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999).
- LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, (Ed. Comares, Granada, 2006).
- MALARINO, E., *Persecución penal nacional de los crímenes internacionales en América Latina y España*, (Max Planck Institut, Konrad Adenauer, Montevideo, 2003).
- MANJÓN-CABEZA OLMED, A., “Prevaricación e interpretación judicial: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, por el que se deniega el sobreseimiento pedido por el Juez Baltasar Garzón en la causa de la «Guerra Civil»”, en *Diario La Ley*, nº 7367, 2010.
- MARTÍN PALLÍN, J. A. / ESCUDERO ALDAY, R., (ed.) *Derecho y memoria histórica*, (Editorial Trotta, Madrid, 2008).
- MORENO DÍAZ, J. A., “Perspectivas sobre la Ley de Memoria Histórica”, en *Entelequia. Revista Interdisciplinar: Monográfico*, nº 7 septiembre de 2008.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte especial*, 16^a ed., (Valencia, 2007).
- NIETO GARCÍA, L.C., “La reforma de la jurisdicción universal: un acuerdo para desandar un avance en la defensa de los derechos humanos”, en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, nº 106, 2009.
- OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, (La Ley, Madrid, 2008).
- PAREJO ALFONSO, L., “Administración pública y memoria histórica”, MARTÍN PALLÍN, J. A. / ESCUDERO ALDAY, R., (ed.) *Derecho y memoria histórica*, (Editorial Trotta, Madrid, 2008).
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y Jurisprudencia*, (Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007).

- PRINCETON PROYECT ON UNIVERSAL JURISDICTION, *The Princeton Principles on Unversal Jurisdiction*, 23 de julio de 2003.
- RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación judicial*, (Tirant lo Blanch, Valencia 2000).
- ROBERTSON, G., *Crímenes contra la humanidad: la lucha por una justicia global*, (Siglo XXI, Madrid, 2008).
- RODRÍGUEZ ARIAS, M. A., “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”, en *Jueces para la democracia*, nº 63, 2008.
- RODRÍGUEZ ARIAS, M. A., *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*, (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008).
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004).
- SERRANO PIEDECASAS, J. R., “El delito de genocidio. Especial referencia al “caso Pinochet” en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, (Tecnos, Madrid, 2002).
- SCHABAS, *Genocide in international Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2000).
- SZMUKLER, B., “El principio de justicia universal y su aplicación judicial. Conclusiones” en AAVV., *El principio de justicia universal*, (Editorial Colex, Madrid, 2001).
- VIVES ANTÓN, T. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., [ET AL.] *Derecho penal. Parte especial*, 2^a ed, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2008).
- ZUPPI, A.L., “En busca de la memoria perdidas: las leyes de amnistía y la impunidad de crímenes de lesa humanidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B.
- ZAPICO BARBEITO, M., “¿Se pueden/deben investigar los crímenes cometidos durante la Guerra civil española y la dictadura franquista? Algunas cuestiones al respecto planteadas por el Auto 16 de octubre de 2008.” en la revista de *Derecho y Proceso Penal*, nº 22, 2009.

Documentos más relevantes en relación con el crimen de desaparición forzada:

- Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones Resolución de E/CN. 4/2005/L.10/Add.11, 2005/35 adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas del 19 de abril de 2005.
- Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad. Resolución de E/CN. 4/2005/102/Add.1, adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 8 de febrero de 2005.
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas Resolución de E/CN. 4/2005/WG.22/WP.1/REV.4, 23 de septiembre de 2005.
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, A/RES/47/133, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.