

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LÍMITES A LA EXPANSIÓN DE LA PERSECUCIÓN POR CRÍMENES INTERNACIONALES Y AL PAPEL DEL JUEZ-HISTORIADOR: LA APORTACIÓN DE LA STS 101/2012

Elena Maculan*

Resumen: *El artículo analiza la sentencia del TS 101/2012, que absolvió al Juez Garzón de la acusación por prevaricación en relación con el Auto de 16 de octubre de 2008 en la causa por crímenes de la guerra civil y del franquismo. Pese a terminar en absolución, la sentencia refuta punto por punto los argumentos esgrimidos por el Juez, colocándose en una postura contracorriente en el panorama internacional. Los aspectos en los que esto aparece con más evidencia, y en los que se detiene este trabajo, son, por una parte, la utilización del proceso penal para emprender una búsqueda de la verdad sobre los hechos sin poder desembocar en una condena y, por otra parte, los problemas que plantea la calificación de los hechos como crímenes internacionales y/o como delitos permanentes, a la que se recurre en aras de derogar a la disciplina ordinaria de la prescripción, el principio de irretroactividad y la aplicación de la Ley de Amnistía. Con respecto al primero, el TS intenta recuperar la función del juez penal y del proceso, en contra de una progresiva invasión por su parte del ámbito de la historia; con respecto al segundo, reafirma la necesidad de respetar el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal y de no incurrir en ficciones jurídicas, aunque ello implique declarar la extinción de la responsabilidad penal por prescripción o amnistía.*

* Investigadora en el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Doctora en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos y en Paz y Seguridad Internacional por la Universidad de Trento y por la UNED en régimen de cotutela.

Palabras Clave: *Crímenes del franquismo - crímenes de lesa humanidad - Juez Garzón- delito permanente - principio de legalidad - juicios por la verdad.*

Abstract: *The article analyzes the judgment no. 10112012 passed by the Spanish Supreme Court. This judgment acquits the judge Baltasar Garzón from the charge of misuse of power ("prevaricación ") with regard to the decision of 16th October 2008 in the case dealing with the crimes committed during the Civil War and the Francoist regime. Although it ends by acquitting the defendant, the Court refutes the arguments provided for by the judge, thus showing an original position against the international mainstream. This article focuses onto two points which especially show this originality: on the one hand, the use of the criminal proceeding in order to seek the truth about the crimes but without the possibility to come to a conviction. On the other hand, it deals with the problems caused by the qualification of the facts as international crimes and/or permanent crimes, which is applied in order to derogate the statutory limitations, the principle of non-retroactivity and the Amnesty Law. As to the first point, the Supreme Court tries to recover the role and purposes of the judge and of criminal trial, as opposed to their progressive expansion towards the field of history. As to the second one, it reasserts the need for complying with the principle of legality and non- retroactivity of the penal law, as well as the importance not to use juridical fictions, even though it means declaring the extinction of the criminal liability because of statutory limitations or because of amnesty provisions.*

Key-words: *Crimes committed by the Francoist regime crimes against humanity -Judge Garzón- permanent crime - principle of legality - truth-finding trials.*

1. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo nº 101 de 27 de febrero de 2012¹ marca el fin de un caso que ha suscitado mucho interés y un gran debate en la sociedad y los medios de comunicación, pues ha involucrado en un juicio por prevaricación al conocido juez Baltasar

¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, sentencia nº 101/2012 de 27 de febrero de 2012, ponente Martínez Arrieta (sentencia absolutoria).

Garzón con respecto al tema, muy sensible, de los crímenes del franquismo.

Al concluirse con la absolución del acusado, la sentencia ha conseguido evitar decepcionar a los amplios sectores de la sociedad que se habían movilizado en favor del juez Garzón², y a la vez involucrar al Supremo en las sospechas de politización e instrumentalización que habían marcado el procedimiento desde el principio.

Además, la STS destaca por su postura equilibrada y por la calidad de su razonamiento jurídico: de hecho, sus aspectos de mayor interés aparecen no tanto en lo decidido en la parte resolutive, sino en los fundamentos jurídicos que explican como, pese a que el acusado Garzón no es encontrado culpable de prevaricación, su actuación en la causa por crímenes del franquismo no puede ser considerada conforme a derecho. Al refutar uno por uno los argumentos esgrimidos por Garzón en su Auto de 16 de octubre de 2008, el TS toca cuestiones especialmente problemáticas y absolutamente centrales para la justicia penal internacional.

Al respecto, los dos aspectos cruciales que destacan en la sentencia, y en los que nos detendremos, son, por una parte, la posibilidad de recurrir al proceso penal como instrumento de búsqueda de la verdad sobre los crímenes cometidos por un régimen pasado, aunque sabiendo que no puede desembocar en la condena de sus responsables; por otra parte, las opciones para la calificación de los hechos, con atención a los obstáculos planteados por el principio de irretroactividad, la prescripción y la amnistía. En ambos casos, como veremos, el TS toma una posición contracorriente en el panorama comparado, arraigándose en el respeto de los principios fundamentales del derecho penal y de sus funciones.

2. Antecedentes

La sentencia que aquí se comenta cierra un procedimiento abierto ante el TS tras una querrela formulada por el Sindicato de Funcionarios Públicos «Manos Limpias» —al que se sumó la Asociación Civil Libertad e Identidad en ejercicio de la acción popular—, cuyo

² Ambos afirma que en determinados círculos «se considera a Garzón como un símbolo sacrosanto de la lucha universal contra la impunidad de las violaciones de los derechos humanos»: K. AMBOS, *Los procedimientos contra Baltasar Garzón*, *La Nación*, 28 de julio de 2012, accesible en <http://www.nacion.com/2012-02-28/Opinion/los-procedimientos-contra-baltasar-garzon.aspx> (acceso del 26.06.2012).

objeto era el Auto dictado por el Juez Garzón del Juzgado Central de Instrucción nº 5 el 16 de octubre de 2008³.

Con ese Auto el Juez Garzón, al resolver sobre una denuncia presentada el 14 de diciembre de 2006 por un conjunto de familiares de las víctimas y de asociaciones de derechos humanos, se declaraba competente para investigar unos «presuntos delitos de detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad» cometidos durante la guerra civil y bajo la dictadura franquista⁴. El Juez resolvió pedir el certificado de defunción, en su caso, de algunos de los presuntos responsables de esos hechos, además de autorizar exhumaciones de las fosas comunes para identificar los cuerpos de las víctimas, tras haber desarrollado unos extensos fundamentos jurídicos para superar algunos «escollos», como los define, para la legitimación de estas actuaciones y de su competencia.

El Auto fue recurrido por el Fiscal de la Audiencia Nacional Javier Zaragoza Aguado⁵ ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, bajo el argumento de que la calificación jurídica de los hechos allí propuesta no era correcta y que, por ende, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 carecía de competencia al encontrarse esos delitos prescritos y amnistiados⁶. El 2 de diciembre de 2008 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolvió acceder al recurso interpuesto por el Fiscal, negando la competencia del Juez Garzón⁷; mien-

³ Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, Diligencias previas Proc. Abreviado nº 399/2006 V (luego Sumario 53/2008), Auto de 16 de octubre de 2008.

⁴ La decisión sobre la competencia iba en contra del informe emitido por el Ministerio Fiscal el 29 de enero de 2008, bajo solicitud del mismo Juez Garzón: según ese informe, el Juzgado no tenía competencia sobre los hechos denunciados porque, al tratarse de delitos comunes de acuerdo con el Código penal de la época, habían prescrito en el momento de la presentación de las denuncias y además entraban dentro del alcance de la Ley 46/1977 de Amnistía.

⁵ Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier-Alberto Zaragoza Aguado, *Recurso de Apelación Directo ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*, 20 de octubre 2008.

⁶ Además de objetar que esa resolución termina creando una «causa general», del estilo de una *inquisitio generalis* que va en contra de todo principio y de la misma estructura del proceso penal (consideración IV) y además de criticar la interpretación, que él define «laxa», de las normas de conexión, de las que el Juez desprende su competencia para el caso (consideración VIII).

⁷ Audiencia nacional, Pleno de la Sala de lo Penal, Procedimiento Ordinario nº 53/08 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, exp. Nº 34/08, Cuestión de competencia del art. 23 LÉCR, Auto de 2 de diciembre de 2008. Para una descripción detallada de los trámites procesales de este caso, vid. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008*, en *Revista La Ley*, tomo 1, 2009, pp. 1415-1424.

tras tanto, sin embargo, éste había dictado otro Auto⁸ en el que, tras haber recibido la documentación acreditativa del fallecimiento de los sujetos investigados, declaró la extinción de responsabilidad penal por fallecimiento de los imputados y resolvió inhibirse en favor de los juzgados territorialmente competentes para la exhumación de las fosas identificadas⁹.

El 26 de enero de 2009 el Sindicato de Funcionarios Públicos «Manos Limpias» presentó una querrela ante el Tribunal Supremo¹⁰ acusando al juez Garzón del delito de prevaricación previsto por el art. 446 CP con respecto a lo resuelto en el Auto de 16 de octubre de 2008. Pese a que desde el principio esta querrela fue sospechada de tener una motivación absolutamente ideológica y convirtió al proceso en un verdadero caso político y mediático¹¹, el procedimiento siguió adelante hasta llegar a la sentencia que aquí se comenta, con la cual el Supremo absolvió al juez Garzón del delito de prevaricación, al considerar que «la actuación jurisdiccional del magistrado acusado, aunque haya incurrido en exceso en la aplicación e interpretación de las normas, que han sido oportunamente corregidas en vía jurisdiccional, no alcanza la injusticia de la resolución que requiere el tipo de prevaricación y no merece el reproche de arbitrariedad exigido en la tipicidad del delito de preva-

⁸ Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional de Madrid, Diligencias previas Proc. Abreviado nº 399/2006 V (luego Sumario 53/2008), Auto del 18 de noviembre 2008.

⁹ En los fundamentos jurídicos el juez esencialmente reitera los argumentos sobre los cuales fundaba su decisión anterior, buscando apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana (CIDH). A ello añade que le corresponde al Poder Judicial investigar sobre los llamados «niños perdidos», víctimas de unos hechos delictivos cuyos efectos, ante la inacción de las instituciones del Estado, seguirían perpetuándose.

¹⁰ El texto de la querrela está disponible en: <https://docs.google.com/file/d/0B1PwNQdOyV4pODg4MzA1MzctYjc0OS00YWY1LWI4ZjYtZWY1YzU5M2I1NjNj/edit#> (acceso el 26.06.2012).

¹¹ Todos los documentos relacionados con la causa se pueden encontrar en: <http://casogarzon.blogspot.com.es/p/documentacion-sobre-la-causa-contr.html> (acceso del 26.06.2012). Recordamos que el 14 de mayo 2010 el Consejo General del Poder Judicial dictó la suspensión cautelar de funciones del juez Garzón, y que el mismo fue condenado por el Tribunal Supremo a la pena de once años de inhabilitación especial para el cargo de juez, con pérdida definitiva del cargo, por otro delito de prevaricación, en concurso aparente de normas con el delito ex art. 536.1 c.p., en relación con la utilización ilegítima de escuchas en el «caso Gürtel»: vid. Tribunal Supremo, sentencia 79/2012, causa especial nº 20716/2009, 9 de febrero de 2012, ponente Colmenero Menéndez de Luarca.

¹² STS 101/2012, fundamento de derecho (f.d.) VII. Hay que señalar, sin embargo, que la sentencia va acompañada por el voto particular concurrente del juez Sánchez Melgar, que discrepa con respecto a la conclusión de que no hay delito de prevarica-

ricación»¹². Más específicamente, el TS afirma que la interpretación mantenida por el juez Garzón es errónea, particularmente en lo que se refiere a la subsunción de los hechos, pero a la vez niega que se trate de un delito de prevaricación porque, en primer lugar, los hechos serían crímenes de lesa humanidad de acuerdo con las normas *actuales*¹³, en segundo lugar porque el juez pretendía «mejorar la situación de los titulares de los derechos vulnerados»¹⁴ al mismo tiempo que los efectos perjudiciales para los imputados fueron corregidos por las siguientes resoluciones en el mismo caso, y por último porque la misma interpretación ha sido compartida por otras instancias judiciales tanto nacionales como internacionales¹⁵.

El 28 de marzo de 2012 el Tribunal Supremo dictó un Auto sobre una cuestión de competencia planteada por varias víctimas de crímenes de la guerra civil y del franquismo —que habían acudido a los juzgados locales y ante su negativa a declararse competentes— y cuya decisión había sido pospuesta hasta resolver el juicio contra Garzón, por ser ésta cuestión prejudicial penal¹⁶. Este Auto, además de reiterar los argumentos desarrollados en la sentencia que aquí comentamos, confirma que los Juzgados Centrales de Instrucción no tienen competencia para esas investigaciones. Al mismo tiempo, sin embargo, añade que «en presencia de indicios objetivables de los restos de posibles víctimas de delitos susceptibles de localización [...] pueda instarse [...] la práctica de las diligencias dirigidas a datar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente en derecho»¹⁷, recordando, como recursos legales viables, los deberes previstos por la Ley de Memoria Histórica y varios instrumentos de la vía civil. Pese a la ambigüedad de este Auto, el TS parece excluir la competencia del juez penal para la exhumación y las demás actuaciones «cuando está claro desde la *notitia criminis* que no existe res-

ción por falta del elemento objetivo de la conducta, porque, según él, lo que carecía en la conducta del acusado era el elemento subjetivo del actuar «a sabiendas», es decir, con una actitud dolosa. El juez Maza Martín, por su parte, afirma en su voto particular que el acusado sí cometió un delito de prevaricación, pues tenía pleno conocimiento de la contradicción de sus resoluciones con el ordenamiento jurídico español y de que su Auto constituía una «aplicación torcida de la norma».

¹³ STS 101/2012, f.d. V.

¹⁴ Ivi, f.d. VII.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Recurso n.º 20380/2009, Auto resolviendo Cuestión de competencia de 28 de marzo de 2012, Ponente Andrés Ibáñez.

¹⁷ Razonamiento jurídico (r.j.) IV.

ponsabilidad penal»¹⁸, confirmando así que el proceso penal no puede asumir tareas y finalidades que le son ajenas¹⁹.

3. El papel del proceso penal en la búsqueda de la verdad

Antes de detenerse a analizar y refutar cada uno de los argumentos esgrimidos por el Juez Garzón en su Auto para justificar su propia competencia sobre los hechos denunciados, el Tribunal Supremo desarrolla unas interesantes consideraciones sobre el fundamento mismo de esa actuación, es decir, la posibilidad para la jurisdicción penal de emprender una investigación sobre la verdad de los hechos desprovista de pretensiones y de consecuencias punitivas.

De hecho, la investigación judicial abierta por el Auto de 16 de octubre de 2008 estaba destinada desde el principio a terminar con la declaración de la extinción de responsabilidad penal, tanto por fallecimiento de los imputados como porque los delitos ya estaban prescritos y a la vez cubiertos por la ley de amnistía de 1977. Por lo tanto, el juez solamente pretendía lograr una reconstrucción parcial de los hechos y la identificación del lugar donde están enterradas las víctimas y de sus restos. Según él, este objetivo era conforme con las tres finalidades del proceso penal: averiguar si se ha cometido un delito, si éste ha sido ejecutado por una o varias personas y si las víctimas han visto resarcido su derecho²⁰; además, como afirma en el Auto, para declarar extinguida la responsabilidad penal por fallecimiento del autor se debe antes establecer, aunque de forma indicia-ria, la existencia de un delito, como primer requisito, lo que justificaría la elección del marco penal.

¹⁸ A. GIL GIL, *Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del estado español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?*, Indret, 4, 2012, en prensa, p. 4 del manuscrito.

¹⁹ El TEDH se ha pronunciado recientemente sobre una demanda presentada por los familiares de algunas víctimas de la guerra civil española por supuesta violación del Convenio Europeo; sin embargo, el Tribunal ha declarado inadmisibile la demanda, evitando tomar una decisión sobre la debatida cuestión de la conformidad de la Ley de Amnistía con el Convenio Europeo: vid. TEDH, *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz v. España*, 30141/09, 3ª sección, 27 de marzo de 2012. Para un comentario, véase A. GIL GIL, *Los crímenes de la guerra civil española*, cit., *passim*. Por último, recordamos que el 24 de marzo de 2011 los defensores del juez Garzón habían presentado una demanda ante el TEDH lamentando la violación de sus derechos en relación con los artt. 6, 7, 8, 10 y 18. De momento no hay constancia de que la demanda haya sido admitida.

²⁰ Auto del 16.10.2008, r.j. XIII.

Por otra parte, como sugiere el mismo juez Garzón²¹, la asunción de esta tarea por parte del juez penal depende también de la ausencia de marcos alternativos, fuera de lo penal —como por ejemplo una comisión de la verdad—, en los que emprender una investigación sobre los crímenes.

Como reconoce la misma STS que comentamos, la actuación del juez Garzón está inspirada con toda probabilidad en los juicios por la verdad argentinos, que algunos tribunales de ese país crearon, ante la imposibilidad de ejercer la acción penal determinada por las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, para investigar lo ocurrido en ocasión de los crímenes de la dictadura de las Juntas militares y para identificar los restos de las víctimas²².

El mayor problema de ese mecanismo, que vuelve a presentarse con respecto a la actuación del juez Garzón, es que encomienda al foro penal una actividad de indagación sin finalidad de imponer penas, quitándole de esta forma su quintaesencia y su función esencial²³. Al mismo tiempo, este tipo de investigación termina

²¹ «Ante la presencia de unos hechos presuntamente delictivos, la jurisdicción penal es excluyente y no puede pretenderse, como lo hace el Ministerio Fiscal, que se olvide este matiz y optar por un criterio de oportunidad que, desde luego, no es el de la Justicia transicional (...) porque no interviene precisamente la justicia, ni se prevé una figura o institución alternativa a la misma, como podría ser una Comisión de la Verdad o Memoria Histórica» (Auto del 18 de noviembre 2008, citado, r.j. jurídico XIX).

²² Véanse D. PASTOR, *¿Procesos penales sólo para descubrir la verdad? La experiencia argentina*, en P. EIROA, J. M. OTERO (dirs.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, Fabián Di Placido, 2008, pp. 349 ss.; E. MACULAN, *Prosecuting international crimes at national level: lessons from the Argentine «Truth-finding trials»*, en *Utrecht Law Review*, vol. 8, issue 1, 2012, pp. 106-121 e IDEM, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei «giudizi per la verità»*, en *Indice penale*, n. 1, 2010, pp. 331-370; contradice expresamente a Pastor: J. TAMARIT SUMALLA, *Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición*, en *InDret - Revista para el análisis del derecho*, n.º 1, 2010 (<http://www.indret.com/pdf/694.pdf>). Véanse también: M. ABREGU', *La tutela judicial del derecho a la verdad en Argentina*, y F. MICHELINI, *El largo camino de la verdad*, ambos en *Revista IIDH*, julio-diciembre 1996, pp. 11-47 y 157-172 respectivamente; N. GUZMÁN, J.M. OTERO, *La Casación, la Verdad y la Autoincriminación. El Fallo «Corres» y la historia de una tensión*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal: Casación*, Buenos Aires, Año 1, n.º 1, 2001, pp. 493-518; C.C. NADDEO, *El derecho a la verdad y el deber de investigar. A propósito de las desapariciones forzadas en la Argentina: una propuesta*, in *Seminario «Transitional Justice»*, Facultad de Derecho de la Columbia University, New York, diciembre 2002, pp. 167-201; H. SCHAPIRO, *Surgimiento de los «juicios por la verdad» en la Argentina de los '90*, en *El Vuelo de Ícaro*, Madrid, n.º 2-3 extraordinario, 2001-2002, pp. 359-401.

²³ Comparte esta visión el Fiscal Zaragoza Aguado en su recurso contra el Auto del Juez Garzón: «Siendo de estricta justicia la reparación a las víctimas de la represión política (...), no resulta apropiado recurrir para ello al proceso penal, cuya existencia no puede justificarse si no es posible que éste cumpla con sus finalidades esenciales: el esclarecimiento de hechos concretos penalmente perseguibles y la exigencia de res-

cargando el proceso penal con tareas y finalidades que aquél no está equipado para cumplir. De hecho, lo que se pretende averiguar con estos mecanismos es la verdad *histórica* sobre los hechos y las víctimas, que va mucho más allá de la verdad parcial a la que puede aspirar un juicio penal. Como ha sido puesto de manifiesto por varios autores²⁴, y como recuerda el mismo TS, la verdad histórica, por su naturaleza general, interpretable y no sujeta a plazos perentorios, difiere de la verdad judicial, que tiene que ceñirse a uno o más hechos determinados y a unos límites formales y temporales, impone consecuencias coercitivas y justamente por esta razón tiene que observar ciertas garantías en favor del imputado²⁵. Por este motivo, el foro penal no es el marco adecuado para satisfacer el «derecho a saber»²⁶ —también conocido como «derecho a la verdad»²⁷— en el que se amparan las denuncias de las víctimas y de sus familiares, y que pretende alcanzar una verdad material, histórica, sobre los delitos.

El Auto del juez Garzón, al igual de lo que ocurrió con los juicios por la verdad argentinos, no solamente crea un *novum* jurídico, un mecanismo procesal *híbrido* que pretende adaptar el proceso penal a fines y actividades que le son ajenos; sino que, además, se basa en la elección de un marco que sin dudas no es el más adecuado para al-

ponsabilidades punitivas a los partícipes. Descartada la justicia de sanciones, que representa la quintaesencia del proceso penal, la reparación moral que se pretende en todos estos casos mediante el reconocimiento de la injusticia sufrida, así como la identificación y entrega de los restos a sus familiares, se enmarca en las exigencias de lo que se denomina *justicia transicional o reparadora*, cuya consecución no legitima en absoluto la intervención del Juez penal» (*Recurso de Apelación* de 20 de octubre de 2008, citado, consideración III).

²⁴ Véase, también para ulteriores referencias bibliográficas, D. PASTOR, *¿Procesos penales sólo para descubrir la verdad?*, cit., p. 352 ss.

²⁵ STS 101/2012, f.d. I.

²⁶ Afirma el TS: «... se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios por la verdad en otras latitudes. Esta pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal...»; y sigue: «... El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho» (f.d. I).

²⁷ El llamado derecho a la verdad, tras haber sido afirmado por la CIDH a partir del caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (sentencia de fondo, 29.07.1988), está siendo paulatinamente incorporado en la jurisprudencia de muchos tribunales nacionales e internacionales, así como en algunas leyes nacionales y en instrumentos de derecho internacional: para una panorámica Y. NAQVI, *The right to truth in international law: Fact or fiction?*, en *International Review of Red Cross*, vol. 88, n.º 862, 2006, pp. 245-273 y E. MACULAN, *L'esperienza argentina...*, cit., pp. 335-337.

canzar el objetivo de averiguación de la *verdad* sobre los crímenes²⁸ y carga el proceso penal con tareas que exceden su alcance.

Todo ello es puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo, que, tras haber recordado las diferencias de métodos, límites y finalidades entre las actividades del juez y las del historiador²⁹, concluye: «La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y las profesiones, especialmente de los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción»³⁰. Al manifestar esta postura, el TS, como ya adelantamos, se coloca en contra-tendencia respecto de la orientación, que parece hoy en día dominante³¹, hacía el reconocimiento de un papel central del juez, y especialmente del juez penal, en la búsqueda de la verdad —también histórica— sobre el pasado régimen criminal y sus víctimas. En este sentido, parece encomiable el esfuerzo del TS en recordar que existen otros fueros y otros mecanismos más adecuados para emprender este tipo de investigación y las actuaciones correspondientes, evitando desvirtuar el proceso penal y buscando no confundir el plano de la historia con la responsabilidad penal individual³².

²⁸ Además, como demuestran los juicios por la verdad argentinos que Garzón ha tomado como modelo, al ser un mecanismo de creación totalmente pretoriana, y ante la falta de un marco legislativo común que oriente a los jueces, existe el riesgo de que se produzca una notable desigualdad entre las diferentes soluciones locales. Para algunos ejemplos concretos véase E. MACULAN, *L'esperienza argentina...*, cit., pp. 347 ss. Lo confirma también el juez Garzón en su Auto del 18 de noviembre de 2008, en el que relata un caso que se había planteado, absolutamente idéntico a los allí denunciados, en los Juzgados de Córdoba, y respecto al cual el Fiscal del Tribunal Constitucional había sostenido en su recurso la tesis exáctamente contraria a la del Fiscal de la Audiencia Nacional. Garzón lo define «un ejemplo de inseguridad jurídica para las víctimas, clamoroso», y afirma «la necesidad y conveniencia de que el criterio sea uniforme» (Íbidem, razonamiento jurídico XV, pagg. 54 y 66).

²⁹ STS 101/2012, f.d. I. Explicaba estas diferencias y la importancia de mantener separadas las dos figuras ya P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n.º XVII, 1939, pp. 105-128; en términos muy similares véase también el más reciente C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico*, Torino, Einaudi, 1991, pp. 16-21 y 88-90.

³⁰ STS 101/2012, f.d. I.

³¹ Esta tendencia se manifiesta no solamente en la experiencia de los juicios por la verdad en Argentina, sino también en muchas sentencias que condenan por ilícitos que pueden *in abstracto* ser calificados como crímenes internacionales, donde se suele dedicar un espacio muy amplio a la reconstrucción del contexto histórico en el que se enmarcan las conductas, casi con el afán de ofrecer una descripción completa del aparato criminal en su conjunto.

³² Defiende la oportunidad de emprender medidas fuera de lo penal, tras haber analizado los evidentes problemas que el Auto del Juez Garzón plantea en relación con el principio de irretroactividad (v. *infra*), J. TAMARIT SUMALLA, *Transition, Historical memory and Criminal Justice in Spain*, en *JICJ*, n.º 9, 2011, pp. 744-748.

4. La tipificación de los hechos y sus consecuencias aplicativas

El segundo aspecto fundamental de la sentencia, que también demuestran la capacidad del TS de ir contracorriente respecto de las tendencias dominantes en el panorama comparado, es la calificación jurídica de los hechos, en la que se produce un error que, en palabras del TS, «arrastra otros»³³.

4.1. La doble subsunción de los hechos

El juez Garzón en su Auto calificaba los hechos como delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima cometidos «en el marco de crímenes contra la humanidad». Esta formulación, que aparece también en la sentencia del TS en el conocido caso *Scilingo*³⁴ y en muchas sentencias latinoamericanas³⁵, responde a la finalidad de superar los obstáculos a la persecución penal planteados por el transcurso del tiempo y la consiguiente prescripción y, a la vez, por la vigencia de la Ley de Amnistía de 1977. De hecho, la calificación de los hechos como crímenes internacionales permite aplicar el llamado régimen especial del que goza esta clase de delitos,

³³ STS 101/2012, f.d. III punto 1. Muchos de los argumentos que el TS desarrolla para contestar el Auto del juez Garzón ya aparecían en el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Zaragoza Aguado ante la Audiencia Nacional en contra del mismo Auto (vid. *supra*, par. 2). Críticas muy similares habían sido formuladas por A. GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 157-166. Comparten los argumentos esgrimidos por el juez Garzón, en cambio, además de subrayar la importancia de su actuación para el progreso de la protección de los derechos humanos, J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *La actuación de la Audiencia Nacional...*, cit., M. ZAPICO BARBEITO, *La investigación de crímenes del franquismo: entre el procesamiento por prevaricación abierto por el juez Baltasar Garzón y la querrela presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal*, en *AFDUDC*, n.º 14, 2010, pp. 891-927, y P. BURBRIDGE, *Waking the Dead of the Spanish Civil War. Judge Baltasar Garzón and the Spanish Law of Historical Memory*, en *JICJ*, n.º 9, 2011, pp. 753-781.

³⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 798/2007, recurso de casación n.º 10049/2006 P, 1 de octubre de 2007; para un comentario véase A. GIL GIL, *Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo*, en A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 391-409.

³⁵ Un ejemplo llamativo es la sentencia de la Corte Suprema argentina en el caso *Simón*: CSJN argentina, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, causa n.º 17.768 (S.1767.XXXVIII), sentencia de 14 de junio de 2005 (especialmente el voto del juez Maqueda, considerando 83-84).

y que prevé —entre otras cosas y más allá de la incertidumbre que todavía caracteriza su contenido y sus fuentes— la imprescriptibilidad y la imposibilidad de aplicar amnistías e indultos. Al mismo tiempo, dado que en el momento de la comisión de los hechos los crímenes contra la humanidad no se encontraban todavía tipificados en el ordenamiento español³⁶, la subsunción de los hechos en estas figuras delictivas implicaría una vulneración del principio de legalidad e irretroactividad penal.

Para evitar incurrir en esta consecuencia, el juez Garzón busca fundamento en dos argumentos distintos: por una parte, mantiene que los crímenes contra la humanidad ya estaban previstos por la costumbre internacional, en ese entonces cristalizada en la cláusula Martens incorporada al Convenio de La Haya de 1899, en los Principios de Nuremberg de 1945 y en el Convenio sobre la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, y que ello sería suficiente para cumplir con los requisitos de previsibilidad impuestos por el principio de legalidad³⁷. Por otra parte, al calificar los hechos como detenciones ilegales de acuerdo con el Código penal vigente en ese entonces, y al dar relevancia a los delitos de lesa humanidad como simple «marco» de comisión de las conductas, opera una subsunción, al fin y al cabo, en un tipo penal común, del que saca una descripción suficientemente determinada y taxativa de la conducta y a la vez el marco sancionatorio aplicable. Esta técnica, también conocida como «doble subsunción»³⁸, consiste en subsumir los hechos ilícitos en un tipo penal común, del que se deriva la descripción de la conducta y la pena correspondiente, y a la vez también en un tipo penal internacional, cuyo específico elemento contextual refleja mejor el mayor desvalor de lo injusto —al que puede seguir una agravación de la pena— y que, sobre todo, permite la aplicación del mencionado régimen especial.

Sin embargo, este camino interpretativo plantea relevantes problemas, que parece interesante apuntar brevemente aunque no sean

³⁶ El art. 607 bis c.p., que tipifica los crímenes contra la humanidad, fue introducido con Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

³⁷ Auto del 16 de octubre 2008, r.j. II.

³⁸ Definen esta técnica P. PARENTI, *Argentina*, en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Berlín-Montevideo, KAS, 2008, p. 42 y E. MALARINO, *Argentina*, en K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis, 2009, p. 25. Describe estas figuras como tipos penales «con cabeza de Jano» D. CARO CORIA, *Perú*, en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, cit., p. 140.

tomados en consideración por la STS 101/2012. Además de provocar la creación por vía judicial de una nueva figura delictiva, que no coincide precisamente ni con el tipo penal común ni con el internacional, esta técnica omite aclarar las relaciones que existen entre estos dos tipos penales. Si se entiende que se trata de una relación de especialidad, que permite incluir el crimen internacional en el más amplio *genus* del delito común correspondiente, habría que aplicar solamente el primer tipo, en aplicación de las reglas del concurso aparente de normas. Si en cambio se considera que el contexto de los crímenes internacionales únicamente otorga un mayor desvalor a lo injusto, cumpliendo la función de una circunstancia agravante, ello podrá determinar una agravación de la pena, pero no otras consecuencias a nivel de disciplina.

Más allá de estas críticas a la técnica de la doble subsunción en sí, tanto la calificación como crímenes de lesa humanidad, como la subsunción en el delito común de detención ilegal están expuestas a convincentes objeciones, a las que el TS adhiere.

4.2. *La calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad*

Pese a que el Auto técnicamente no subsume los hechos directamente en el tipo de crímenes de lesa humanidad, como correctamente pone de manifiesto el TS, utiliza ese «contexto» o «marco» para extraer «unas consecuencias que sólo podría realizar desde una efectiva y clara subsunción en el delito contra la humanidad»³⁹, malinterpretando además la sentencia del Supremo en el caso *Scilingo* que cita como confirmación de su interpretación. En esa ocasión, se afirma, la contextualización de los hechos en los delitos contra la humanidad había permitido «un efecto procesal, la perseguibilidad internacional», sin dar lugar a «una nueva tipicidad»⁴⁰; al revés, el TS había reiterado la vigencia del principio de legalidad estricta, que impide la aplicación directa de la costumbre y de los tratados internacionales como normas incriminadoras en ausencia de una específica transposición en el ordenamiento interno⁴¹. Las fuentes normativas a las que el juez Garzón hace referencia para demostrar la existencia, en el momento de comisión de los hechos, de una norma consuetudinaria que prohibiera los delitos de lesa humanidad, pueden servir

³⁹ STS 101/2012, f.d. III punto 1.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Como requieren los artt. 93 ss. de la Constitución.

como mucho de «criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos»⁴², pero en ningún caso satisfacen los requisitos impuestos por el principio de legalidad penal.

En primer lugar, esas normas — y especialmente la cláusula Martens — son formuladas en término muy genéricos, y no se ajustan por lo tanto al mandato de determinación y taxatividad de la ley penal; en segundo lugar, ninguna de ellas establece las penas aplicables a quien realice esas conductas ilícitas, en contra del principio *nulla poena sine lege*. Aunque muchos admitan, para los crímenes internacionales, una relajación o flexibilización del principio de legalidad, que considere como requisito suficiente la previsión del carácter delictivo de esas conductas según los principios generales del derecho⁴³, lo cierto es que, al plantear un caso ante una jurisdicción penal nacional, ésta se encuentra vinculada por el principio tal y como es afirmado por la Constitución, es decir, en su versión estricta y, a la vez, más garantista⁴⁴.

Pero además, como subraya el TS, las fuentes que el Juez toma como prueba de la existencia de una norma consuetudinaria en ese entonces ni siquiera estaban vigentes para España, pues los Principios de Nuremberg fueron incorporados, a través de la ratificación de los Convenios de Viena, en 1952⁴⁵, es decir, después del periodo en el que se produjeron los crímenes investigados. En conclusión, considerar como norma incriminadora la costumbre internacional significa infringir

⁴² STS 101/2012, f.d. III punto 1.

⁴³ El argumento que suele ser utilizado para soportar esta noción del «principio de legalidad internacional» es la expresa previsión, por parte del CEDH y del PIDCP, de una posible excepción al principio de legalidad según la formulación antes mencionada: sin embargo, el mismo TEDH parece muy cauto en recurrir a esta disposición, como demuestra A. GIL GIL, *La excepción al principio de legalidad del n. 2 del art. 7 del CEDH*, en *Anuario de derecho penal*, 2010, pp. 131 y ss.

⁴⁴ Precisamente el carácter más garantista de la noción del principio en el sistema nacional apunta hacia su prevalencia sobre la versión internacional: como subraya Gil Gil, ello deriva del principio, recogido en el art. 53 CEDH, por el que el derecho interno tiene que prevalecer cuando ofrece a un derecho humano una protección mayor que el sistema europeo (A. GIL GIL, *La excepción al principio de legalidad del n. 2 del art. 7 del CEDH*, cit., p. 45 del manuscrito). Al mismo tiempo, admitir una relajación del principio de legalidad, dentro del sistema penal interno, solamente en relación con los crímenes internacionales, terminaría creando una especie de «doble carril», cuya compatibilidad con el principio de igualdad es cuanto menos dudosa. Además, hay que reconocer que el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* ha sido codificado, en su versión estricta, por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artt. 22-24): véase al respecto, también para ulteriores referencias, M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Indice Penale*, 2002, pp. 307-334.

⁴⁵ Excluyendo además, en un primer momento, al derecho consuetudinario de la consideración de norma (STS 101/2012, f.d. III punto 1).

doblemente el principio de legalidad, tanto en su vertiente de tipicidad y determinación como en el requisito de la irretroactividad.

4.2.1. La regla de la imprescriptibilidad

Además de los problemas planteados por la calificación de los hechos como crímenes internacionales en sí, tampoco parece convincente la consecuencia, que de ello se extrae, de su carácter imprescriptible. De hecho, como bien explica el Supremo, la afirmación de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales también se remonta a un momento sucesivo a los ilícitos, pues se encuentra prevista en tratados internacionales que España ha ratificado mucho tiempo después, como la Convención contra las desapariciones forzadas de 2006⁴⁶ o el Estatuto de Roma⁴⁷, o que ni siquiera ha ratificado, como la Convención sobre imprescriptibilidad de 1968⁴⁸. Las mismas consideraciones también valen para la afirmación de esa regla a nivel jurisprudencial, tanto por la CIDH⁴⁹ —cuyas decisiones además de ser sucesivas a la realización de los hechos tienen eficacia vinculante solamente para los Estados partes de la OEA— como por el TEDH⁵⁰. Y, al pertenecer la disciplina de la prescripción al derecho sustantivo penal —como ha tenido ocasión de especificar el mismo TS en varias sentencias⁵¹— también tie-

⁴⁶ Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006, ratificada por España el 27 de septiembre de 2007 y entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010.

⁴⁷ El Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, ratificado por España el 24 de octubre de 2000 y entrado en vigor el 1 de julio de 2002, establece la imprescriptibilidad de los crímenes sobre los que recae la competencia de la Corte al art. 29.

⁴⁸ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, de 26 de noviembre de 1968, entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, de la que España no es parte. España tampoco ha ratificado la homónima Convención Europea de 24 de enero de 1975 (entrada en vigor el 27 de junio de 2003).

⁴⁹ Véase por ejemplo CIDH, *Bulacio v. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, § 106-108 y 113 ss.

⁵⁰ El TEDH utilizó diferentes caminos interpretativos para llegar a esta afirmación, especialmente en los casos *Touvier v. Francia* (sentencia de 13.01.1997), *Kolk and Kislyiy v. Estonia* (sentencia de 17.01.2006), y *Kononov v. Latvia* (sentencia de 17.05.2010): para un análisis detallado y crítico de estos argumentos, véase A. GIL GIL, *Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional, al derecho penal internacional, en coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Vol. II, Berlín-Montevideo, KAS, 2011, pp. 328-331.

⁵¹ Algunas de las cuales son recordadas en la misma sentencia aquí analizada: vid. f.d. II, punto 2.

ne que ajustarse al principio de irretroactividad de las leyes desfavorables⁵², por lo que no encuentra aplicación a los hechos bajo juicio.

4.2.2. La inaplicabilidad de la amnistía

La calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad también es utilizada por Garzón como fundamento para establecer su exención del alcance de la Ley de Amnistía de 1977⁵³, como consecuencia de la imposibilidad de otorgar amnistías o indultos a los responsables de crímenes internacionales, que se desprende de la obligación de los Estados de perseguir y castigar esas graves violaciones de los derechos humanos. El alcance, las fuentes y las implicaciones de esta obligación constituyen todavía objeto de debate: sin poder detenernos en esta compleja cuestión⁵⁴, es suficiente señalar que el Auto recurrido se adhiere a la postura más restrictiva, elaborada *in primis* por la Corte Interamericana, que niega la validez a cualquier forma de amnistía en relación con crímenes internacionales⁵⁵. De acuerdo con esta visión, la Ley de Amnistía de 1977, al cubrir crímenes de lesa humanidad, es nula por contrariedad con el derecho internacional, y puede legítimamente dejar de ser aplicada por el juez.

⁵² Un argumento que aparece con cierta frecuencia se arraiga en el hecho de que la Convención de 1968 constituye una simple codificación de una norma pre-existente en la costumbre internacional, por lo que su aplicación a hechos cometidos antes de su entrada en vigor tiene carácter *retrospectivo* y no retroactivo: vid. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla, ed. Parthenon, 2007, pp. 176-180 y C. CASTRESANA FERNÁNDEZ, *De Nuremberg a Madrid*, en *Jueces para la Democracia*, n.º 54, 2005, p. 5. En realidad, el hecho de que esa Convención haya sido ratificada por un número exiguo de Estados (en el que no entra España) apunta hacia su incapacidad de reflejar una verdadera costumbre internacional (así A. REMIRO BROTONS, *Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial*, en *El Derecho Penal Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, p. 120).

⁵³ Sobre la *ratio* y los efectos de la Ley 46/1977, de Amnistía, en el marco del proceso de transición español, véase A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, cit.

⁵⁴ Para cuyo análisis se remite, entre otros, y también para referencias ulteriores, a: A. SIEBERT-FOHR, *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford, OUP, 2009; K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc (2ª ed.), 1999, y J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz*, cit. (especialmente a pp. 235-269 y 425 ss.).

⁵⁵ Por ejemplo, CIDH: *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, fondo (§43); *Almonacid Arellano v. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, exc. preliminares, fondo, reparaciones y costas (§105-113). Zapico afirma que si el juez Garzón se hubiese negado a perseguir por los crímenes internacionales que habían sido denunciados ante él, el Estado español habría terminado contraviniendo sus obligaciones internacionales (M. ZAPICO BARBEITO, op. cit., p. 904).

El TS, sin embargo, parece optar por una interpretación diferente, y más similar a aquella expresada por el TEDH⁵⁶, que matiza esta postura admitiendo que las exigencias peculiares de un contexto de transición pueden justificar la adopción de una medida como la ley de amnistía, siempre que ella respete ciertos límites y condiciones y que no impida la búsqueda de la verdad sobre los hechos. Asimismo, el TS niega la aplicabilidad de la prohibición de amnistías al concreto caso del que se ocupa, porque ello conllevaría una aplicación retroactiva de esa regla con efectos desfavorables para el reo.

Con respecto a esta segunda vertiente, mantiene el TS que la obligación de perseguir y castigar a los responsables de crímenes internacionales, al igual de lo que ocurre con la regla de la imprescriptibilidad, solamente interesa aquellos ilícitos que fueron cometidos después de la entrada en vigor de los instrumentos internacionales que la establecen, entre los cuales destaca el Estatuto de Roma, so pena de vulnerar el principio de irretroactividad penal *in pejus*. Asimismo, aclara que la jurisprudencia de la CIDH, que Garzón toma como referencia porque por primera vez afirmó esa regla, no tiene valor vinculante alguno para España, que no forma parte de ese sistema de protección de los derechos humanos, y que además ni el Comité de Derechos Humanos ni el TEDH parecen compartir aquella misma postura⁵⁷. Y aun si se considera que esas fuentes constituyen —no normas vinculantes en sí, si no— elementos aptos para demostrar que la prohibición de amnistía constituye una regla consudinaria de *jus cogens*, en todo caso «esa costumbre incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, ratificado por España en 1977, regiría a partir de una fecha muy posterior a los hechos objeto de la instrucción judicial»⁵⁸.

Por otra parte, recuerda la sentencia, el derecho a un recurso efectivo en el que se amparan los familiares de las víctimas desaparecidas también es exigible en el marco de las Convenciones internacionales que lo prevén —como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Convenio Europeo (CEDH)— limitadamente a violaciones de los derechos protegidos cometidas

⁵⁶ Los órganos europeos siempre han sido extremadamente cautos en decidir sobre la compatibilidad de leyes de amnistía con el Convenio (vid. Comisión Europea de Derechos Humanos, *Dujardin v. Francia*, sentencia de 2 de septiembre de 1991; TEDH, *Ould Dah v. Francia*, sentencia de 17 de marzo de 2009). Subraya la diferencia entre la orientación de la CIDH y aquella del TEDH con respecto a la cuestión de las amnistías A. GIL GIL, *Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit.

⁵⁷ STS 101/2012, f.d. III punto 3.

⁵⁸ *Ibidem*.

con posterioridad a la entrada en vigor de esos instrumentos. En este sentido, el TS parece apartarse de la tendencia más reciente de la jurisprudencia europea a admitir la aplicación del Convenio, en vía excepcional, a violaciones de derechos cometidas antes de la entrada en vigor del mismo, siempre que exista una conexión entre la violación y la entrada en vigor del Convenio o bien cuando se haya producido una infracción de las obligaciones procesales —obligación de investigar ex art. 2 CEDH— de carácter autónomo y continuado⁵⁹.

Además, por lo que atañe a las formas de declarar la invalidez de estas normas, afirma el Supremo que la derogación de una ley de amnistía por contrariedad al derecho internacional tiene que ser aprobada en todo caso por el poder legislativo, que detenta la legítima competencia, y no por un tribunal penal, debido a que «los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo»⁶⁰. Esta consideración, que sin duda pretende reiterar los límites a los que tiene que atenerse el juez y el respeto de la separación de funciones entre los diferentes poderes del Estado, de manera indirecta parece confirmar que la razón por la que el juez penal asume este tipo de tareas —en el Auto del juez Garzón así como en los juicios por la verdad argentinos— es la inactividad, real o pretendida, de los demás poderes, y sobre todo del legislativo.

Sin embargo, el hecho de que el poder legislativo decida aprobar una disposición de amnistía no tiene que ser interpretado necesariamente como una falta de actividad o de voluntad de acutar, pues

⁵⁹ Un análisis pormenorizado y crítico de esta jurisprudencia del TEDH es realizado, a partir del caso *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España* (caso n.º 30141/09, 3.ª sección, decisión de inadmisibilidad de 27 de marzo de 2012, que además se refiere a uno de los casos denunciados ante el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 en el marco de la causa que estamos analizando), por A. GIL GIL, *Los crímenes de la guerra civil española*, cit. Este trabajo describe como, mientras que hasta el 2009 el Tribunal mantenía la absoluta inadmisibilidad de la aplicación retroactiva del Convenio, en algunas recientes sentencias parece admitir posibles excepciones: en *Šilih v. Slovenia* (sentencia de 9 de abril de 2009) se ampara en la existencia de obligaciones procesales continuadas de investigación que alcanzan también hechos cometidos antes de la entrada en vigor del CEDH, siempre que exista un «vínculo real» entre estos dos momentos, aclarando además en pronunciamientos sucesivos (*Varnava y otros v. Turquía*, sentencia de 18 de septiembre de 2009; *Janowiec y otros v. Rusia*, sentencia de 16 de abril de 2012) que este vínculo coincide con una suficiente proximidad temporal; en *Varnava y otros v. Turquía* (sentencia de 18 de septiembre de 2009), en cambio, el TEDH sigue la doctrina de la violación continuada de los derechos protegidos por el Convenio. La autora pone de manifiesto la incertidumbre de los criterios introducidos por el TEDH en aras de acotar las excepciones formuladas al principio de irretroactividad, y critica la misma admisión de estas excepciones.

⁶⁰ STS 101/2012, f.d. III, punto 3.

puede derivar de una decisión arraigada en las exigencias de la transición y en la composición de intereses contrapuestos que ella a menudo impone. En este sentido, como subraya el TS⁶¹, la Ley de Amnistía de 1977 es el fruto del consenso total de las fuerzas políticas democráticamente elegidas en 1977, y sigue gozando del apoyo de gran parte de los representantes de la sociedad, como ha demostrado el rechazo por parte del Congreso de los Diputados, en julio de 2011, de una proposición para modificar esa Ley. El TS reconoce por ende que puede haber circunstancias, en los contextos de transición, que sugieren la aprobación de una disposición de amnistía como medida de reconciliación social y siempre que se respeten algunas condiciones mínimas: por ejemplo, que no limite su alcance a uno solo de los bandos enfrentados, y que no esté aprobada por los «vencedores», es decir por los mismos responsables de los crímenes. La Ley 46/2007 de Amnistía, en este sentido, constituyó «un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía», fue el fruto de la voluntad del pueblo español, expresada a través de sus representantes elegidos, y por esta razón su legitimidad no puede ser cuestionada por ningún juez o tribunal⁶².

4.3. *La subsunción en el tipo de detenciones ilegales sin dar razón del paradero como delito permanente*

La subsunción de los hechos en este tipo penal permitió al juez Garzón desarrollar otro argumento alternativo a la colocación de las conductas «en el marco» de crímenes de lesa humanidad, para superar los obstáculos a la investigación sobre los crímenes de la Guerra Civil y del franquismo. De hecho, la naturaleza de delitos permanentes de este tipo agravado de detenciones ilegales permite la aplicación de una disciplina parcialmente derogatoria de las reglas ordinarias sobre prescripción y sucesión de leyes en el tiempo. En primer lugar, de acuerdo con el art. 132.1 CP español, para los delitos permanentes el plazo de prescripción empieza a transcurrir cuando cesa el mantenimiento de la situación delictiva⁶³, lo que permite concluir que para los hechos denunciados todavía no transcurrido el plazo de prescripción.

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

⁶³ Hay que reconocer que esta regla de aplicación no está exenta de críticas en la doctrina, básicamente debido a que ella implica relevantes efectos *contra reum*: véase al respecto M.I. GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2003.

Esta interpretación, que también aparece en algunas sentencias extranjeras⁶⁴, no implica la aplicación subrepticia de fuentes internacionales, sino que está arraigada en una regla propia del sistema penal nacional. Sin embargo, como afirma el TS⁶⁵, más allá de que el tipo penal invocado había desaparecido del código penal durante la mayor parte del periodo de la comisión de los delitos⁶⁶, esta solución se basa en una «ficción contraria a la lógica jurídica»⁶⁷, pues no es razonable pensar que un sujeto que fue detenido ilegalmente en 1936 siguiera estando detenido en 2006, cuando fueron presentadas las denuncias que dieron origen al Auto denunciado⁶⁸.

Asimismo, añade el Supremo, tampoco es válido el otro argumento esgrimido por Garzón para afirmar que los delitos no han prescrito, es decir, fijando el *dies a quo* de la prescripción en la fecha de entrada en vigor de la Constitución en 1978, a partir de la cual solamente los familiares de las víctimas pudieron hacer efectivos sus derechos de acceso a la justicia y a una reparación eficaz. La sentencia que comentamos pone de manifiesto que esta interpretación, que considera suspendido el transcurso del plazo de prescripción durante el régimen *de facto*⁶⁹, no sirve en el caso concreto, porque aún tomando en consideración esa fecha habría transcurrido el plazo de prescripción de 20 años establecido por el art. 132 CP⁷⁰. Además, tampoco parece conforme con el principio de legalidad la aplicación

⁶⁴ Véase por ejemplo Tribunal Constitucional boliviano, sentencia constitucional N° 1190/01-R *sobre recurso de amparo constitucional*, Trujillo Oroza, 12.11.2001, Exp.te 2001-03164-07-RAC.

⁶⁵ STS 101/2012, f.d. III, punto 2.

⁶⁶ El tipo agravado de detención ilegal sin dar razón del paradero, que aparecía en el código de 1928, no estaba contemplado en el código de la República de 1932 y fue reintroducido solamente en el código de 1944: f.d. III, punto 2.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Formula la misma crítica A. GIL GIL, *La justicia de transición*, pp. 98 y 161. Éste es uno de los problemas interpretativos que también plantea la interpretación de la desaparición forzada de personas como delito permanente: véanse al respecto los interesantes estudios en K. AMBOS (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis, 2009 y, para una panorámica más sintética, E. MACULAN, *La desaparición forzada de personas en el continente latinoamericano*, en REQUENA M. (ed.), *La seguridad y la defensa en el actual marco socio-económico: nuevas estrategias frente a nuevas amenazas*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011, pp. 375-400.

⁶⁹ El mismo argumento aparece, por ejemplo, en la sentencia del Juzgado de Primera instancia en lo Penal de 7º turno, Jueza Motta, *Borbaderry Arocena, Juan Maria*, 09.02.2010, considerando I («excepción previa de prescripción»).

⁷⁰ STS 101/2012, f.d. III, punto 2.

de una tal causa de suspensión en ausencia de su expresa previsión en el ordenamiento penal⁷¹.

La naturaleza de delito permanente de los crímenes investigados era esgrimida por el juez Garzón también para justificar su exclusión del alcance de la Ley de Amnistía de 1977, debido a que, al entrar en vigor esa ley, el mantenimiento de la situación ilícita todavía permanecía⁷². Evidentemente, al negar la naturaleza de delito permanente de los hechos denunciados, tampoco esta consecuencia puede producirse.

5. ¿Un dique contra la «fuerza expansiva de los derechos humanos»?

La sentencia del Supremo que acabamos de analizar representa, en conclusión, la manifestación de una postura contracorriente en el panorama internacional. Al mismo tiempo, el hecho de que termine absolviendo al Juez Garzón del delito de pevaricación, pese a considerar equivocada su interpretación, así como el hecho de que varios tribunales en otras latitudes —y varios autores en la doctrina— hayan esgrimido los mismos argumentos que ese juez, demuestra la intrínseca complejidad del derecho penal internacional y su especial aptitud para ser objeto de interpretaciones opuestas igualmente defendibles y a la vez inconciliables⁷³.

Además, la interpretación seguida por el TS parece más respetuosa de los principios fundamentales del derecho penal y del Estado de derecho. En primer lugar, al negar que el juez esté legitimado para emprender una tarea de investigación histórica sin consecuencias punitivas, reitera la importancia de mantener la distinción entre historia y memoria y verdad judicial, y de no pretender utilizar el proceso penal para finalidades que le son ajenas y en detrimento de las garantías del imputado.

En segundo lugar, niega la posibilidad de calificar legítimamente como crímenes de lesa humanidad hechos que fueron cometidos

⁷¹ Lo afirma también A. GIL GIL, *Justicia de transición*, cit., p 163. En contra de tal visión, M. ZAPICO BARBEITO, op. cit., pp. 807-908, que pone de manifiesto como el Conjunto de Principios para la lucha contra la impunidad de 8 de febrero de 2005 también establece que los plazos de prescripción no empiezan a correr hasta que las víctimas no cuentan con recursos eficaces contra la infracción.

⁷² Análoga conclusión es sacada por la Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 5ª sala, *Miguel Ángel Sandoval, recurso de casación en la forma y de apelación presentado por Laureani Maturana y Krassnoff Marchenko*, 05.01.2004 (considerando 76.c).

⁷³ Zapico habla de «permanente conflicto entre el derecho penal internacional y del derecho penal nacional» (M. ZAPICO BARBEITO, op. cit., p. 896).

mucho tiempo antes de la tipificación de estos delitos, pues ello implicaría la vulneración del principio de legalidad e irretroactividad penal. Fundamentar esa calificación en la costumbre internacional no cumple con los requisitos de determinación y taxatividad de la figura delictiva y de la pena, y además, aun aceptando la validez de esa fuente del derecho como norma incriminadora, su emersión se remonta a un momento sucesivo a la realización de los hechos.

Como consecuencia de este error en la calificación, tampoco procede declarar la imprescriptibilidad y la inaplicabilidad de las leyes de amnistía que cabría atribuir a los crímenes internacionales, en consideración además del hecho de que ambas reglas han aparecido en el derecho consuetudinario, a su vez, en una época sucesiva a la comisión de los delitos denunciados.

En tercer lugar, la interpretación según la cual el plazo de prescripción no habría transcurrido todavía, ni cabría aplicar la ley de amnistía, por ser los delitos imputados de naturaleza permanente, tampoco satisface las exigencias de tipificación, pues se arraiga en una ficción jurídica que queda desmentida por la dinámica de los hechos.

De todas estas consideraciones transluce un tema crucial, que debería constituir el núcleo de la regulación de las relaciones entre crímenes internacionales y principios fundamentales del derecho penal: el afán por proteger los derechos humanos, y por acabar con la impunidad de los responsables de sus más graves violaciones, no debe traducirse a su vez, paradójicamente, en una vulneración de los derechos fundamentales —del imputado— que encuentran su garantía en el principio de legalidad, y que constituyen el primer objetivo del derecho penal desde sus orígenes⁷⁴. Para decirlo con palabras del TS: «La fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en nuestra interpretación, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad»⁷⁵.

⁷⁴ Pastor define esta tendencia como «deriva neopunitivista» y afirma que ella es causa de un desprestigio de los derechos humanos: D. PASTOR, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, en *Nueva Doctrina Penal*, n.º 1, 2005, pp. 73-114. Describen las constantes antinomias entre principios del derecho penal interno, por una parte, y derecho penal internacional y exigencias de protección de los derechos humanos, por el otro, con especial referencia a la jurisprudencia latinoamericana, G. FORNASARI, E. FRONZA, *Le antinomie tra diritto penale interno e diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano*, en FORNASARI G., FRONZA E. (eds.), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, 2011, pp. 1 ss.

⁷⁵ STS 101/2012, f.d. VII.