



Asamblea General

Distr. general
26 de febrero de 2010

Español solamente

Consejo de Derechos Humanos

13° período de sesiones

Tema 3 programa

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Exposición escrita conjunta* presentada por la Asociación Americana de Juristas, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial y el Institute for Planetary Synthesis, organización no gubernamental reconocida en la lista

El Secretario General ha recibido la siguiente exposición por escrito que se distribuye con arreglo a la resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social.

[15 de febrero de 2010]

* Se distribuye esta exposición escrita sin editar, en los idiomas tal como ha sido recibida de la organización no gubernamental.

La desaparición forzada y los mecanismos de impunidad en España¹

Celebramos la ratificación por España de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el 24 de septiembre de 2009. A pesar de ello, el proyecto de ley para la reforma del Código Penal que el Gobierno remitió a las Cortes el 13 de noviembre de 2009, no se plantea la necesidad de incorporar el delito de desaparición forzada, lo que sería necesario en cumplimiento de las obligaciones convencionales. Se debiera aprovechar esa reforma para armonizar el derecho interno con las exigencias del derecho internacional.

La desaparición forzada que no reúne los elementos de crimen de lesa humanidad –porque es llevada a cabo de manera esporádica o aislada–, no se halla aún contemplada como tal en el Código Penal, a pesar de ser un crimen de derecho internacional. El Art. 166 del Código se refiere al delito común de detención ilegal o secuestro sin razón del paradero, cuya definición está lejos de satisfacer la tipificación del derecho internacional.

La desaparición forzada de personas **constituye un delito permanente o continuado**. Así ha sido interpretado por tribunales y otros mecanismos internacionales. **No es este el entendimiento de las autoridades judiciales españolas.**

La **imprescriptibilidad** resulta de la condición de crimen de derecho internacional que la desaparición forzada ostenta y la jerarquía de norma imperativa que tiene la prohibición de la misma. No obstante, en caso de haber plazos de prescripción, éstos solo empezarán a contar a partir del momento en que cesa el crimen, es decir, desde que se hubiera esclarecido lo sucedido, establecido la suerte de la persona desaparecida o sus restos identificados. De ahí que no se viole el principio de irretroactividad de la ley penal. **En España, no sólo no se sigue tal tendencia, sino que el proyecto de ley para la reforma del Código Penal no contempla la modificación de los artículos 131.4 y 133.2 para ampliar la imprescriptibilidad a la acción y la pena correspondientes al delito común de detención ilegal o secuestro sin razón del paradero del artículo 166 del Código Penal.**

El derecho internacional consuetudinario contiene disposiciones de carácter obligatorio que prohíben que los autores de actos de desaparición forzada **se beneficien de leyes de amnistía especial u otras medidas análogas** que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. En base a las disposiciones de la Convención queda igualmente patente la imposibilidad de aplicación de ninguna norma de amnistía.

Pues bien, en España sigue vigente la Ley 46/1977, de Amnistía, a pesar de que es una ley preconstitucional que choca con disposiciones de la Constitución española de 1978. Esta ley **infringe normas internacionales vinculantes para el Estado tanto en el momento de su promulgación como hoy en día**, entre ellas, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Lo curioso es que los tribunales españoles han considerado de manera reiterada que las amnistías u otras medidas análogas, concedidas por terceros Estados para crímenes de derecho internacional, no son vinculantes y por tanto carecen de validez en España, no ocurre lo mismo en el caso de los delitos de lesa humanidad cometidos en España.

¹ Las siguientes ONG sin estatuto consultivo comparten también esta declaración: la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) y la Asociación Pro Derechos Humanos de España

El **Comité de Derechos Humanos**, en sus observaciones finales al quinto informe periódico de España, tomó nota de la decisión del Magistrado B. Garzón de examinar la cuestión de los desaparecidos en España durante la guerra civil y la posterior represión franquista (1936-1974). El Comité instó a España a tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales. Asimismo expresó su preocupación por el mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía y señaló a la atención de España su observación general nº 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto. Así, concluyó que España debía “considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977”².

También el **Comité contra la Tortura**, en sus observaciones finales al quinto informe periódico de España de 19 de noviembre de 2009, recordó que “los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía”. Por lo que el Estado debe ayudar a las familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, así como repararles e indemnizarles³.

España rechazó el 8 de enero de 2009 las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos al afirmar que “el Comité está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. (...) Además, no sólo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es conoedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley. Por estos motivos, el Estado español lamenta la inclusión de este punto en las observaciones del Comité, considerando que se han cometido disfunciones procesales en términos de (...) determinación de los hechos (desconocimiento del origen y significación social de la Ley de Amnistía).”

No sorprende por tanto la ausencia de voluntad política para hacer efectivo el derecho de los familiares de las víctimas a conocer el paradero de las víctimas y acceder a mecanismos efectivos de reparación. En España, la mayoría de los tribunales territoriales ha venido aplicando la Ley 46/1977, de Amnistía, la prescripción de los delitos y la irretroactividad de la norma penal para rechazar el pedido de investigar. De tal forma no sólo se perpetúan mecanismos de impunidad, sino que se está quebrantando el derecho internacional.

Por otro lado, la admisión a trámite por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la querrela por supuesta prevaricación del Magistrado B. Garzón por haber iniciado en 2008 la investigación de las denuncias de familiares de víctimas de desaparición forzada durante la guerra civil y la posterior represión franquista, muestra no sólo un preocupante desconocimiento del derecho internacional (que forma parte obligada del derecho español por mandato constitucional, conforme a los Arts. 10.2, y 96 de la Constitución), sino que incide de lleno en la obligación de proteger a las víctimas e impartir justicia que intentaba abordar el juez querrellado.

El Magistrado B. Garzón simplemente había cumplido con la obligación internacional que tienen todos los Estados de investigar en forma exhaustiva e imparcial toda denuncia de violación de derechos humanos, establecer los hechos, depurar responsabilidades y reparar a las víctimas. Aplicar la ley de forma respetuosa con el derecho internacional para eliminar los obstáculos internos que perpetúan la impunidad es, sin lugar a dudas, lo que debería hacer todo juez, máxime en el caso de graves violaciones a los derechos humanos por constituir crímenes internacionales.

² CCPR/C/ESP/CO/5, de 27 de octubre de 2008, párrafo 9.

³ CAT/C/ESP/CO/5, de 9 de diciembre de 2009, párrafo 21.

El 3 de febrero de 2010 el Magistrado del Tribunal Supremo que imputa a B. Garzón por prevaricación confirmó su decisión argumentando que (i) “la consideración del contexto como delito de lesa humanidad no autoriza a reavivar una responsabilidad penal ya extinguida por prescripción y por amnistía”, (ii) “es manifiestamente irrazonable ignorar la prescripción de los delitos de “detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima”, (iii) “es manifiestamente contrario a Derecho no excluir la relevancia penal de los hechos denunciados por la Amnistía establecida en la ley 46/1977, de 15 de octubre”. Al defender la aplicación de la Ley de Amnistía, el Magistrado ignora derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional y las obligaciones derivadas, por lo que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Recomendaciones

Consideramos que el Consejo de Derechos Humanos debiera recomendar al Gobierno de España:

1. Respetar la independencia judicial y apoyar a través de la Fiscalía General las investigaciones judiciales sobre crímenes contra la humanidad, en particular las desapariciones forzadas.
2. Derogar inmediatamente la Ley de Amnistía de 1977 y establecer una Comisión de la Verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la guerra civil y la posterior represión franquista.
3. Incluir el delito de desaparición forzada de personas en el Código Penal (Título de los “delitos contra la comunidad internacional”) y definirlo conforme al derecho internacional.
4. Asegurar la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada.
5. Asegurar que los tribunales puedan aplicar la imprescriptibilidad en forma retroactiva en los casos de crímenes de derecho internacional, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.
6. Retirar la eximente de “obediencia debida” e introducir la responsabilidad penal de jefes y otros superiores; y
7. Asegurar que en materia de desaparición forzada y otros delitos o crímenes internacionales no sean aplicables inmunidades ni amnistías.