

Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón al auto dictado en el recurso de amparo núm. 5781-2018, al que se adhiere el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular a la decisión del Pleno de inadmitir a trámite el recurso de amparo núm. 5781-2018.

1. El acceso a la jurisdicción constitucional y la necesidad de revisar el trámite de admisibilidad del recurso de amparo.

1.1. En el voto particular al ATC 119/2018, de 13 de noviembre, me manifesté ampliamente sobre la necesidad de que el Tribunal modificase su aproximación al trámite de admisibilidad del recurso de amparo, sobre todo en aquellos supuestos en los que, concurriendo claramente especial trascendencia constitucional, existen discrepancias entre los magistrados a la hora de evaluar la manifiesta ausencia de lesión del derecho o derechos fundamentales invocados. Sin perjuicio de hacer remisión a la totalidad de reflexiones allí contenidas, traigo de nuevo aquí sus elementos más importantes, que pondré en conexión con el problema que plantea el presente recurso de amparo.

El Constituyente de 1978 eligió para el sistema de justicia constitucional, contenido en el Título X de la Constitución, un modelo de amplias competencias en el que también se incluyó la “jurisdicción de amparo”, que una vez prevista, exige del Estado que vele porque los justiciables disfruten, ante ella, de las garantías fundamentales del artículo 6 CEDH (§99, *STEDH* de 23 de octubre de 2018, asunto *Arrozpide Sarasola y otros c. España*). Ello supone que el acceso a la jurisdicción constitucional puede ser analizado bajo los parámetros del art. 6 CEDH, teniendo en cuenta que las condiciones de admisibilidad, normativamente previstas, “no deben restringir el acceso abierto al individuo de un modo o hasta tal punto que el derecho se vea afectado en su propia esencia. Además, (los límites) solo son compatibles con el artículo 6 § 1 si persiguen un fin legítimo y si existe una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin perseguido... En efecto, el derecho de acceso a un tribunal se ve afectado en su esencia cuando la regulación deja de servir a los fines de la seguridad jurídica y la buena administración y constituye una especie de barrera que impide al justiciable ver su litigio examinado en cuanto al

fondo por la jurisdicción competente...” (§98, STEDH de 23 de octubre de 2018, asunto *Arrozpide Sarasola y otros c. España*).

Teniendo presente lo anterior, el auto que inadmite a trámite el recurso de amparo núm. 5781-2018 pone de manifiesto, con la interpretación que realiza del artículo 50 LOTC, que el Tribunal no asegura el respeto del derecho del recurrente en amparo al acceso a un proceso constitucional en que se ventile el fondo de la pretensión deducida, tras el desarrollo y conclusión de un procedimiento completo, en que todas las partes interesadas puedan expresar sus posiciones contradictorias, incluyéndose entre ellas al Ministerio Fiscal, que ocupa una posición insustituible en el proceso de amparo (SSTC 86/1985, 17/2006, 208/2013, 12/2014, y 182/2015), dando con ello al Tribunal la ocasión de conocer todos los argumentos presentes en el litigio. Esta circunstancia ignora, asimismo, el derecho del recurrente a obtener una resolución coherente y, por tanto, respetuosa con el principio de seguridad jurídica y de buena administración de justicia.

Recordando de nuevo lo que se dijo en el voto particular al ATC 119/2018, de 13 de noviembre, el modelo de admisión del amparo previo a la reforma de 2007, atribuía al Tribunal Constitucional la posibilidad de prescindir de la tramitación del procedimiento y, por tanto, inadmitir a trámite el recurso de amparo, cuando se percibiera, desde el primer momento, que una eventual sentencia jamás podría ser estimatoria (por todos, ATC 274/2009). Esa claridad, exigía que la ausencia de viabilidad del recurso fuera patente, clara y notoria. Pero además, el artículo 50.3 LOTC, en la versión previa a la reforma de 2007, preveía un mecanismo procesal adicional de garantía de los intereses del recurrente en amparo: en caso de que no existiera unanimidad de los integrantes de la Sección para acordar la inadmisión del recurso, debía abrirse un trámite de audiencia al solicitante de amparo y al Ministerio Fiscal, para adoptar posteriormente por auto motivado la eventual inadmisión del recurso. Por tanto, la participación del Ministerio Fiscal y de la parte en la valoración de la manifiesta inexistencia de lesión, era un elemento necesario de apertura del debate. En el recurso de amparo interpuesto por don Gerardo Iglesias, ni él mismo, ni el Ministerio Fiscal, han tenido la ocasión de pronunciarse y formular alegaciones específicas respecto de la manifiesta ausencia de la lesión denunciada. En el actual modelo, la apariencia de lesión no basta para adoptar una decisión de admisión a trámite, porque se requiere la concurrencia de especial trascendencia constitucional, pero, sin embargo, la aparente ausencia de lesión basta para inadmitir, siendo esta apariencia abiertamente

controvertida, y sin que el recurrente ni el Ministerio Fiscal puedan presentar alegaciones en relación con dicha controversia.

Remitiéndome al voto particular al ATC 119/2018, recuerdo que no nos encontramos ante la primera ocasión en que la inadmisión *a limine* de algunos asuntos complejos y técnicamente muy discutidos, pone de manifiesto las lagunas y problemas derivados de la redefinición del recurso de amparo en el año 2007. Baste recordar los AATC 9/2012, 155/2016, 40/2017, y el ya citado ATC 119/2018. En la mayor parte de los votos particulares planteados a estos autos, se pone de manifiesto que las decisiones de rechazo *a limine* se basan en una construcción procesal que acumula las exigencias previas a la reforma de la LOTC del 2007, con las que se incorporan después, dificultando el acceso a la “jurisdicción de amparo”, tal y como demuestran las cifras de admisibilidad contenidas en las memorias de este Tribunal. No estoy de acuerdo con un planteamiento del trámite de admisión de los recursos de amparo que, una vez acordada la especial trascendencia de un problema constitucional, opta por formular un juicio sobre el fondo de la cuestión planteada que excluye la admisión, ya que tal planteamiento supone reservar las sentencias de amparo para pronunciamientos estimatorios y conlleva una sustitución del juicio sustantivo por el juicio liminar.

En un supuesto como el presente, en que el valor del recurso de amparo se mide en relación con su interés para la interpretación de la Constitución, el mero hecho de que esa importancia se reconozca por el Tribunal y ese reconocimiento sea formulado por el Pleno, obliga a formular un examen de mayor profundidad respecto de la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados. No hacerlo así, supone que el elemento subjetivo del amparo se superpone al interés objetivo, que es el interés prioritario que debiera tener en cuenta el Tribunal al examinar la admisibilidad del recurso de amparo, y no parece admisible que la dimensión subjetiva del amparo, que sigue estando presente en tanto no se reforme la Constitución, se utilice argumentativamente en sentido contrario a lo buscado por la reforma del año 2007, para desplazar la objetiva y excluir del análisis de fondo asuntos relevantes, como lo es este, para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia.

Que el recurso de amparo plantea un problema sobre el que no existe jurisprudencia de fondo del Tribunal Constitucional resulta evidente tras la lectura del auto, que construye esa doctrina de forma, por lo demás, sumamente completa. Y que es la jurisdicción constitucional la

sede natural para abordar los problemas que se plantean en la demanda también es indudable, en la medida en que se pone en cuestión el principio de irretroactividad (art. 9.3 CE), el principio de legalidad penal (art. 25 CE) y la propia estructura del sistema de fuentes en relación con la fuerza vinculante de los tratados internacionales que conforman el que conocemos como derecho internacional penal (art. 96 CE) y de las fuentes consuetudinarias del derecho internacional de los derechos humanos.

Traducido en una formulación más concreta, el recurso de amparo plantea de qué modo la adopción de compromisos internacionales por España, en materia de protección de los derechos humanos y de persecución de crímenes particularmente atentatorios de esos derechos, puede afectar a la investigación de hechos acaecidos desde la guerra civil y hasta el advenimiento de la democracia, que quedaron en su momento cubiertos por la ley de amnistía de 1977 y, yendo más lejos aún, se plantea también si ante la inexistencia de convenios vinculantes en el sentido clásico, existe derecho internacional consuetudinario que pueda tenerse por obligatorio y que proyecte sus mandatos a esa misma investigación. Dicho en otros términos, de qué modo nuestras obligaciones internacionales imponen una revisión de nuestro modelo de justicia transicional.

El problema del reconocimiento del derecho a la verdad, justicia y reparación a través de procedimientos penales, que es el que se ventila en este recurso de amparo y en una larga lista integrada por asuntos o bien inadmitidos ya a trámite, o bien pendientes del auto a que se opone este voto, para resolver sobre su admisibilidad, y el ajuste de la preconstitucional Ley de amnistía con el sistema penal inaugurado por la Constitución de 1978, no ha tenido cabida en nuestra jurisdicción por la vía del examen a través del recurso de amparo. Se han abordado, en cambio, otras vertientes de la legislación de amnistía, siempre con alcance limitado, y muy particularmente vinculadas a la amnistía laboral (SSTC 147/1986, de 25 de noviembre; 27/1984, de 24 de febrero; y 215/1989, de 21 de diciembre); a los beneficios sociales de los funcionarios republicanos civiles y militares (SSTC 63/1983, de 20 de julio; y 116/1987, de 7 de julio); o a la indemnización por haber cumplido penas de prisión por hechos amnistiados (SSTC 180/2005, de 4 de julio; y 180/2001, de 17 de septiembre). En suma, la jurisprudencia constitucional no ha entrado a valorar el impacto de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, sobre la investigación de crímenes cometidos durante la dictadura, o durante la guerra civil.

Y por lo que hace a la definición constitucional del derecho a la verdad, justicia y reparación, la jurisprudencia existente tiene un limitado alcance. Si bien el Tribunal Constitucional habría tenido que abordar de algún modo esta cuestión a la hora de formular el control abstracto de constitucionalidad de las leyes navarra y vasca sobre reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política, lo cierto es que, tal y como se recoge en los votos particulares a los pronunciamientos sobre este tema, la aproximación a la cuestión ha sido meramente procesal-penal, y me remito aquí al contenido íntegro de los votos a las SSTC 85/2018, de 19 de julio, 83/2020, de 15 de julio, y 131/2020 de 22 de septiembre.

Ello muestra que el asunto es nuevo para la jurisdicción constitucional y que su resolución, como hace el auto, acudiendo a la, sin duda, consolidada doctrina del Tribunal Supremo, que se identifica por primera vez en la sentencia núm. 101/2012, de 27 de febrero, puede ser más o menos correcta jurídicamente, pero queda extramuros de un examen desde el punto de vista constitucional por el órgano que, según la Constitución, tiene atribuida la última palabra en su interpretación.

Conviene recordar, además, que en un informe fechado el 22 de julio de 2014 (A/HRC/27/56/Add.1), Pablo de Greiff, el Relator Especial de NNUU sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, dijo refiriéndose a España:

“Es en el ámbito de la justicia donde se observan mayores déficits en el tratamiento de los legados de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y el franquismo. (...) La Ley 46/1977 (Ley de Amnistía) ha sido presentada por las autoridades, haciendo referencias a decisiones del Tribunal Supremo, como el principal obstáculo para la apertura de investigaciones y procedimientos penales sobre violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario. Otros argumentos, como el principio de no retroactividad, la aplicación de la norma más favorable, la prescripción de los delitos o el principio de seguridad jurídica, interpretados de manera restrictiva, han sido igualmente reiterados por las autoridades. (...)

En este sentido, el Relator Especial reitera las recomendaciones formuladas por varios mecanismos internacionales de derechos humanos sobre la incompatibilidad de los efectos de la Ley de Amnistía con las obligaciones internacionales adquiridas por España, incluyendo el artículo 2, párr. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³. El Relator Especial señala que estos compromisos fueron contraídos con anterioridad a la adopción de la Ley de Amnistía. En efecto, la Ley fue adoptada el 15 de octubre de 1977 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado el 27 de abril de 1977. (...)

El Relator Especial observa un excesivo formalismo en la interpretación del derecho que cohibe toda reflexión sobre posibles alternativas para garantizar el derecho de las víctimas a la verdad y la justicia. Sin embargo, en otro tipo de casos, España supo atender las consideraciones relevantes, sin vulnerar el principio de legalidad, como en los casos Scilingo y Pinochet, donde los tribunales españoles desplegaron destreza jurídica en favor de los derechos de las víctimas. Respetando los principios del debido proceso, desestimaron el Decreto-Ley de amnistía chileno y encontraron las vías legales para sobrepasar el problema de la aplicabilidad de tipos legales propios del derecho internacional y las cuestiones de prescripción.

El Relator Especial destaca que no habría impedimentos en el sistema judicial español para revisar o anular las disposiciones de la Ley 46/1977 que fueran incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado. El Tribunal Constitucional sería la institución idónea para debatir y pronunciarse sobre la interpretación de la Ley 46/1977, a la luz de las normas y obligaciones internacionales de derechos humanos”.

La jurisdicción constitucional es la sede idónea para pronunciarse sobre estas cuestiones, tal y como defendemos los magistrados que hemos apoyado la admisión a trámite, y tal y como se dejó dicho también por mí misma y por el magistrado Sr. Xiol Ríos en el voto particular a la STC 85/2018. Así se deriva asimismo de innumerables ejemplos de derecho comparado y de las propias palabras del relator de NNUU recién transcritas y que se reiteran en el Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (27 período de sesiones, Misión a España, 2 de julio de 2014, A/HRC/27/49/Add.1).

Por tanto, que el recurso de amparo plantea cuestiones fundamentales para la interpretación de la Constitución, su aplicación, y su general eficacia resulta incontestable. Que dichas cuestiones exigen, por su novedad, del desarrollo de una doctrina que pide adoptarse en forma de sentencia, tras la oportuna confrontación de argumentos de cada una de las partes, también. Y esta exigencia no es meramente formal, sino que está en la base misma de la construcción de la legitimidad de la decisión adoptada: la deliberación previa, entre todas las posiciones y con la mayor cantidad de argumentos disponibles en el marco del procedimiento de adopción de la decisión final, atribuye un mayor grado de legitimidad a esa decisión, porque la acerca más a la decisión más justa.

1.2. No puede obviarse que las demandas planteadas ante la jurisdicción penal, de las que ha llegado a conocer o está aún conociendo esta jurisdicción constitucional, se enmarcan en varias líneas de litigación estratégica, cuyo objetivo último es lograr modificaciones en el ordenamiento jurídico, para que la legislación sobre memoria democrática integre también el derecho a la

investigación judicial de las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario ocurridas con ocasión de la Guerra y la Dictadura, así como durante el período que va desde la muerte del dictador hasta la aprobación de la Constitución Española (así se recoge en el art. 30 del Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática elaborado por el actual Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática). Esta actuación coordinada, de muchos ciudadanos y ciudadanas, y no menos asociaciones de memoria, está siendo particularmente intensa en los últimos años porque las decisiones y pronunciamientos de órganos jurisdiccionales o no jurisdiccionales del ámbito interno e internacional han ofrecido argumentos para construir estos procedimientos, y porque se van conociendo, gracias a los efectos de la vigente ley de memoria, hechos y circunstancias que permiten intentar la apertura de procedimientos penales.

Así, se han planteado recursos que tenían por objeto las desapariciones forzadas durante el franquismo en el marco de la que se conoce como “querrela argentina”; la muerte de personas enterradas en el Valle de los Caídos, como “los 12 de Ateca”; la desaparición forzada de personas en Soria; una diversidad de hechos acaecidos en diversos municipios de la hoy Comunidad Autónoma del País Vasco o de la provincia de Burgos durante la Guerra Civil y la posguerra; las querellas por torturas frente al conocido como “Billy el niño”; las querellas presentadas contra Jesús Muñecas Aguilar, contra Pascual Honrado de la Fuente o contra Benjamín Solsona Cortés; y las querellas contra Tribunales Militares de la guerra y la posguerra o por desapariciones forzadas de la posguerra acaecidas en Valencia.

En todas ellas se pone de manifiesto, como bien dice el auto, el mismo problema de fondo, de modo que resulta sorprendente que esa acción conjunta y más o menos coordinada, no merezca siquiera un examen positivo sobre la admisibilidad del asunto, olvidando las circunstancias específicas de cada caso concreto. Del caso concreto denunciado, en este caso por don Gerardo Iglesias.

2. Sobre la cuestión de fondo planteada

Si un auto de inadmisión a trámite de un recurso de amparo no es la sede idónea para resolver las complejas cuestiones de fondo planteadas, mucho menos lo es un voto particular a ese auto, de modo que me limitaré a poner de manifiesto qué cuestiones deberían haberse

abordado en una eventual sentencia de fondo (a), insistiendo en la importancia de que dichas cuestiones hubieran sido abordadas, desde la perspectiva apuntada, en forma de sentencia y tras el oportuno debate procesal; y por qué son cuestiones lo suficientemente controvertidas como para que el Tribunal pueda descartar *a limine* -y sin jurisprudencia constitucional previa y completa suficiente- la lesión de los derechos alegados (b).

a) Cuestiones de fondo que debieran haber sido abordadas en sentencia.

El auto aborda las siguientes cuestiones que, ante la ausencia de doctrina constitucional previa, debieron ser respondidas en sede de pronunciamiento de fondo: i) el alcance del principio de legalidad y la eventual aplicación “retroactiva” del principio de imprescriptibilidad en el marco de la persecución de delitos de lesa humanidad; ii) el juego de relaciones interordinamentales entre los tratados internacionales llamados a perseguir los delitos de lesa humanidad, la Constitución y la legislación interna, en particular la ley de amnistía, y la introducción en ese modelo de relaciones del derecho internacional consuetudinario con fuerza de *ius cogens*; iii) la proyección del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de *ius ut procedatur* a hechos tan particulares como los que conforma la querrela inadmitida a trámite y cuyo sobreseimiento llega en amparo a conocimiento del Tribunal Constitucional, y en una materia donde inciden el ordenamiento penal e internacional así como pronunciamientos de diversos órganos de Naciones Unidas y la jurisprudencia del TEDH; iv) el desarrollo de un derecho a la verdad, la justicia y la reparación que pueda verse vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la dignidad de la persona de la víctima, y no solo del reo (art. 10.1 CE).

El Tribunal no había tenido ocasión de pronunciarse antes en relación con la proyección sobre el principio de legalidad penal (art. 25 CE) del derecho internacional consuetudinario y, respecto de ello, en relación con la imprescriptibilidad de determinados tipos delictivos que no habían sido recogidos normativamente al momento en que se produjeron los hechos (i). No obstante, el auto resuelve la cuestión desarrollando una doctrina que, o niega la existencia del *ius cogens* internacional alegado por el recurrente, o le niega virtualidad para superar y oponerse al principio de legalidad penal tal y como se define en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Constitucional.

Tampoco se había pronunciado previamente sobre la cuestión de si los delitos de lesa humanidad pueden considerarse o no prescritos con arreglo a lo dispuesto en instrumentos internacionales de aplicación en España (ii), conforme al art. 96 CE, como, por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus protocolos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984 (artículos 4 y 12), la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de Naciones Unidas, de 12 de enero de 2007 (artículos 7.1, 10.1 y 12.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966 (artículo 2.3).

Si bien el Tribunal Constitucional se refirió a la doctrina del control de convencionalidad en la STC 140/2018, es decir, del control de ajuste de la legislación interna a la legislación internacional, como potestad atribuida a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en este caso se plantea un problema diverso que no se resuelve solo acudiendo al control de convencionalidad. Lo que se plantea en este caso es si el derecho internacional consuetudinario supone un soporte suficiente para justificar la proyección del principio de imprescriptibilidad a normas nacionales aprobadas antes de que tal principio se incorporase a normas convencionales. Esta cuestión se traduce en las siguientes interrogantes: i) cual es la proyección de la ley de amnistía en el tiempo; ii) como hacer compatibles los principios de legalidad penal e irretroactividad de las normas penales con el respeto al derecho consuetudinario de los derechos humanos; iii) como se proyecta el conjunto normativo ahora vigente hacia hechos acaecidos en el pasado y antes de la entrada en vigor de esas normas, situados bajo los efectos de la ley de amnistía y/o de la figura de la prescripción. De nuevo el auto resuelve esta cuestión en un examen que debiera haberse llevado a sentencia.

En tercer lugar, el auto resuelve también cual es el contenido de las obligaciones positivas del Estado español en materia de *ius ut procedatur* (iii), respecto de la investigación de determinados crímenes (atentatorios de los arts. 1 y 3 CEDH), que ponen de manifiesto la existencia de zonas de impunidad en determinados periodos de la historia del país, antes de haber ratificado tratado alguno que impusiera tal exigencia. Tampoco esta cuestión había sido abordada hasta ahora, ni mucho menos resuelta en sentido desestimatorio.

El alcance forzosamente limitado del auto que, en puridad, debe limitarse a evaluar la manifiesta falta de vulneración del derecho invocado (recordemos que se trata del derecho de acceso a la jurisdicción contenido en el art. 24.1 CE), ha impedido al Tribunal formular una construcción más amplia, y seguramente necesaria, sobre el alcance del derecho a la verdad, la justicia y la reparación, habida cuenta del marco normativo existente en nuestro país. En una sentencia, esa aproximación contextual, al tiempo que estructurante, hubiera sido posible.

b) Algunos elementos de reflexión sobre la (no) manifiesta falta de lesión del derecho de acceso a la jurisdicción cuya vulneración se denuncia (art. 24.1 CE)

El auto pone de manifiesto que, en este caso, la imposibilidad de persecución penal de los hechos denunciados se asocia a la actuación simultánea de las reglas de la prescripción y a la aplicación de la ley de amnistía de 1977.

La razón es que la regla de imprescriptibilidad que el actual art. 131.4 CP atribuye a los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis CP), no se encontraba ni en los textos penales vigentes en el año 1936 (CP de 1932), ni en el CP de 1973. No se contempla esa tipificación hasta que se incorpora por la LO 15/2003 (en vigor el 1/10/2004) al CP de 1995. Por tanto, la proyección de este tipo delictivo a la investigación de hechos acaecidos antes del año 2004 supondría una aplicación retroactiva *contra reo* de la ley penal, no sólo contraria al art. 2.2 CP, sino al principio de legalidad penal que dimana del art. 25.1 de la Constitución: al cometerse cualquiera de los hechos denunciados en cualquiera de los recursos de amparo, ni los delitos de genocidio y/o lesa humanidad se encontraban tipificados en el Código Penal, ni España había ratificado aún el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que también los recoge, cosa que sucede el 19 de octubre de 2000 (publicación en el BOE el 27 de mayo de 2002).

Pudiendo estar de acuerdo con esta argumentación, el auto descarta la alegación sobre la existencia de una costumbre internacional relativa a la imprescriptibilidad, que se opondría a la aplicación de este principio para los casos de delitos de lesa humanidad, pero esta exclusión puede ser discutida y de hecho lo es por una parte de la doctrina internacional-penalista.

Sin duda, la prueba de la vigencia del derecho internacional consuetudinario es mucho más compleja que la del derecho positivo y ello sustenta las críticas de ausencia de taxatividad

que se ponen de manifiesto en el auto. Pero la base de su aceptación puede identificarse en el reconocimiento de sus principios en documentos internacionales, independientemente de su expresa ratificación o aceptación por el derecho interno. No puede olvidarse que estamos ante hechos que sucedieron en un período en que en España no se respetaba el estado de derecho, al no concurrir ni adecuada división de poderes, ni un sistema normativo basado en reglas democráticas de adopción de las normas, ni el respeto de las libertades básicas y los derechos fundamentales contenidos en las declaraciones internacionales que empezaron a proclamarse tras la Segunda Guerra Mundial. Por tanto, acudiendo a las normas de derecho consuetudinario con reflejo en documentos internacionales, podemos identificar, o al menos albergar dudas razonables sobre su concurrencia que hubieran debido resolverse en una sentencia de fondo:

- *La obligación de perseguir penalmente las violaciones de derechos fundamentales.* El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue aprobado por Resolución 2200 A de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966 (artículo 2.3), y publicado en el BOE de 30 de abril de 1977. La ley de amnistía sería aprobada el 15 de octubre del mismo año, y publicada el día 17 en el “Boletín Oficial del Estado”. En el art. 2.3 del PIDCP se establece que “3.Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; 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 a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso“. De la exigencia de recurso efectivo aquí contenida, se ha deducido la obligación de perseguir penalmente las violaciones de derechos fundamentales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, la obligación aquí contenida debía haber sido un límite externo a la aprobación de la ley de amnistía, pero no lo fue y esta cuestión no ha llegado a plantearse nunca como cuestión clave de la estructuración de nuestro sistema de fuentes.

En cuanto a la objeción relativa a la *vinculatoriedad ratione tempore* de esta obligación, si bien es cierto que esta solo se aplicaría a hechos acaecidos tras la entrada en vigor del PIDCP

(para España mayo de 1977), no lo es menos que su inclusión en el Pacto pone de manifiesto la existencia de un principio de derecho consuetudinario que cristaliza en el precepto citado, de modo que podría argumentarse respecto de la previsibilidad de la persecución penal de los crímenes graves contra el disfrute de los derechos contenidos en el pacto.

- *La existencia de un principio de imprescriptibilidad aplicable a este y otros casos:* La Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, establece que los propósitos y principios enunciados en la Carta de NNUU, referentes al desarrollo de la cooperación entre los pueblos y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, sostienen la proclamación de una serie de principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. Además, destaca entre estos principios, enunciándolo el primero, el principio de imprescriptibilidad del modo siguiente: “Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”. Por tanto, en el año 1973 ya había cristalizado en una Resolución el principio de imprescriptibilidad que luego se llevará a otros documentos como el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En el mismo sentido cabe citar la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, cuyo texto fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, y que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Este convenio también pone de manifiesto la existencia de un principio de derecho consuetudinario relativo a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad. Es cierto que España no ha ratificado este Convenio, pero también que su mera redacción supone la cristalización de un principio general de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad preexistente en el ámbito del Derecho internacional. La Convención estableció una jurisdicción temporal retroactiva ilimitada incluso de los crímenes ya prescritos en el momento de entrada en vigor del citado texto convencional. Una regla que, además será posteriormente recogida por el artículo 29 del Estatuto de Roma que regula la Corte Penal Internacional y por la Convención Internacional para la protección de todas

las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006, ambos convenios ratificados por España.

- *La salvaguarda del principio de legalidad con la existencia de normas no escritas, si eran conocidas y cuyos efectos previsibles.* En este sentido, se viene interpretando recientemente el art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, y ratificado en España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979, entrando en vigor el 4 de octubre de ese año. A este respecto, y sin detenernos en su contenido, no puede dejar de citarse el asunto *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania* (demandas 34044/96, 35532/97 y 44801/98) resuelto por sentencia de 22 de marzo de 2001, así como la STEDH *Kononov c. Latvia* (Gran Sala de 17 de mayo de 2010), que también insiste en la idea del valor de la costumbre internacional como fuente del derecho. Una sentencia de fondo hubiera permitido proyectar, en el pronunciamiento adecuado, el canon diseñado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania* al supuesto español, para examinar después si es compatible con la persecución de los hechos denunciados el amplio lapso de tiempo pasado entre el momento en que se cometieron y el momento en que se inició la acción penal. A esta cuestión se refieren la STEDH de 27 de marzo de 2012, asunto *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España*, y la resolución de inadmisión del 8 de noviembre de 2012, en el asunto *Canales Bermejo c. España*. El auto realiza esa proyección, pero sin el sustento suficiente del aparato argumental que podrían haber aportado no sólo las partes, sino también el conocimiento de la totalidad de las actuaciones de instancia, que en esta fase procesal no son requeridas por el Tribunal.

En último término, y por lo que hace a las consideraciones sobre la imposibilidad de aplicar la Ley 46/1977, de 26 de octubre, de Amnistía a los crímenes de lesa humanidad, también es posible encontrar base a esa inaplicabilidad en documentos internacionales, como el Documento del Comité contra las Desapariciones forzadas («Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención», Documento de las Naciones Unidas: CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013); el Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (27 período de sesiones, Misión a España, 2 de julio de 2014, A/HRC/27/49/Add.1); el informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición con ocasión

de su visita a España; o el parámetro de juicio establecido en algunos pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo que parecen cuestionar en determinados supuestos las normas de amnistía [SSTEDH caso *Abdiülsamet Yaman c. Turquía*, de 2 de noviembre de 2004, núm. 32446/96, § 10; caso *Margus contra Croacia*, núm. 4455/10, sentencia de Sala de 13 de noviembre de 2012 y sentencia de la Gran Sala de 27 de mayo de 2014; asunto *Mocanu y otros c. Rumania*, de 17 de septiembre de 2014, (demandas núms. 10865/09, 45886/07 y 32431/08)]. El auto descarta que sea posible acudir a esa base, de nuevo, con una profusión de argumentos que no le correspondía haber desarrollado.

La verdad, la justicia y la reparación no pasan necesariamente por la obtención de una condena penal, que nada de lo sacrificado -salvo la dignidad y el reconocimiento- puede devolver a las víctimas. Pero que los Tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, atiendan al menos a la petición de reflexionar y escuchar a las víctimas, dándoles una respuesta completa, profunda y adecuada, también es una forma de reparación y de hacer justicia, independientemente del resultado final, estimatorio o desestimatorio, de las pretensiones deducidas. Y solo de eso se estaba hablando en esta fase de tramitación del recurso de amparo, de admitir a trámite la demanda para escuchar, construyendo de ese modo, al mismo tiempo nuestra memoria colectiva, la de todos.

En este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a quince de septiembre de dos mil veintiuno.