

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, en el recurso de amparo núm. 5781-2018, interpuesto por don Gerardo Iglesias Argüelles, ha dictado el siguiente

AUTO

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 6 de noviembre de 2018, el procurador de los Tribunales don José Antonio García Rodríguez, en nombre y representación de don Gerardo Iglesias Argüelles, con la asistencia letrada de don Alberto Suárez Martínez, interpuso demanda de amparo contra el auto de 17 de septiembre de 2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictado en el rollo de apelación núm. 823-2018, que desestimó el recurso de apelación presentado contra el auto de 28 de junio de 2018 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo, dictado en las diligencias previas núm. 1094-2018, que acordó no admitir a trámite la querrela interpuesta por el demandante.

2. Los hechos relevantes que anteceden a la presente demanda de amparo, sucintamente descritos, son los siguientes:

a) El procurador de los Tribunales don José Antonio García Rodríguez, en nombre y representación de don Gerardo Iglesias Argüelles, presentó el 1 de junio de 2018 una querrela contra don Pascual Horrado de la Fuente por presunto delito de lesa humanidad en concurso real con delitos de lesiones o, subsidiariamente, lesiones causadas por tortura. El escrito alude a tres detenciones con torturas, ocurridas el 5 de mayo de 1964, el 26 de enero de 1967 y el 29 de mayo de 1974, realizadas por el querrellado en su condición de funcionario policial de la denominada Brigada Político Social, todo ello, según se explica, en el marco de la persecución por el Estado de los disidentes políticos. En su caso, por su pertenencia al Partido Comunista y al Sindicato Comisiones Obreras.

b) La querrela fue turnada al Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo, que incoó diligencias previas (DP núm. 1094/2018) y acordó no admitirla a trámite por auto de 28 de junio de 2018, de conformidad con el art. 313 LECrim. El auto considera que los hechos relatados en la querrela no pueden ser considerados constitutivos de delito de lesa humanidad a la vista del art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI). A su juicio, de la descripción que se efectúa en la querrela, no puede apreciarse ni inferirse la existencia de un plan sistemático y generalizado contra una parte determinada de la población civil, elemento típico necesario del delito de lesa humanidad. Por lo que atañe a los delitos de lesiones y lesiones por torturas, opone que, “conforme al art. 131 del CP, ya habría transcurrido con creces su plazo de prescripción, habida cuenta de la data de los hechos denunciados y la fecha de interposición de la querrela, por lo que procede tenerlos por prescritos y por extinta la responsabilidad criminal del querrellado”

c) Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del demandante, cuyo motivo único denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE). La apelación fue desestimada por auto de 17 de septiembre de 2018, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo.

La sala, tras recordar la doctrina constitucional sobre el *ius ut procedatur*, considera que “la desestimación de la querrela resulta de todo punto pertinente y el archivo de la causa se justifica sobradamente teniendo en cuenta el principio de legalidad y el de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables, en lo que se refiere al primero de los tipos imputados, por cuanto el artículo 607 bis del Código Penal, donde se tipifica el delito de lesa humanidad, fue introducido mediante la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 2003. En lo que se refiere a los delitos de lesiones y de lesiones por torturas, la razón está en la regulación contenida en los artículos 130 y siguientes del Código Penal, relativos a la extinción de responsabilidad criminal por prescripción del delito, ya que la presentación de la querrela tuvo lugar el 31 de mayo de 2018, cuando ya había transcurrido 44 años desde la realización de la última de las conductas que se imputan al querrellado que es datada en el año 1974 y finalmente el archivo de la causa también se justifica al amparo de la Ley de Amnistía”. En apoyo de su posición, la resolución cita diversos autos de Audiencias Provinciales, así como el auto del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 y de la sentencia del mismo de 27 de febrero de 2012 que, por su parte, traen lo manifestado en la previa STS 798/2007.

3. El recurrente plantea como motivo único de su demanda de amparo la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y solicita que se anulen las resoluciones impugnadas. A su juicio, no se ha procedido conforme dispone el Derecho Internacional Penal, sin existir actuación judicial alguna que haya puesto en práctica lo que exige, esto es, la garantía procesal de investigación de crímenes de lesa humanidad y de enjuiciamiento de sus responsables, así como la obtención de una decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima. Desarrolla sus argumentos en tres bloques.

a) Obligación de investigar. Desde la premisa de que los hechos denunciados integran el delito de crímenes de lesa humanidad en concurso real con el delito de tortura, defiende que, pese al tiempo transcurrido, existe una ineludible obligación de investigar a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho interno. En apoyo de tal obligación aduce que los hechos objeto de la querrela no han sido investigados nunca por el Estado español, aun cuando constituyen crímenes internacionales previstos en el art. 5 ECPI, de 1998 y en vigor desde 2002, y están recogidos en normas de carácter convencional y consuetudinario, por tanto, normas de *ius cogens* aplicables *erga omnes*, que arrancarían de los principios de Núremberg. Tras citar diversas resoluciones y acuerdos de Naciones Unidas que establecen la obligación internacional de perseguir tal clase de crímenes, así como varios tratados internacionales sobre la materia ratificados por España, se recuerda que constituyen fuentes del Derecho internacional los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho internacional. Por eso, más allá de la fecha en la que se hubieran cometido los hechos objeto de denuncia y de aquella en la que se aprobaran los instrumentos internacionales anteriormente relacionados, estos últimos vienen a materializar las normas y los principios consuetudinarios que internacionalmente se encontraban aceptados y reconocidos por los diferentes Estados, entre los que se encuentra la obligación de investigar. Por último, la demanda pone de relieve la obligación específica del Estado de investigar eficaz y adecuadamente las denuncias respecto al crimen de tortura, obligación que juzga reforzada en un contexto de crímenes contra la humanidad, con apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

b) Imprescriptibilidad. El recurrente considera que tanto el Derecho internacional convencional como consuetudinario sostienen la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (con cita del preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968, el art. 29 ECPI y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las

desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006). Según su criterio, en la Convención de 1968 cristaliza un principio general de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales preexistente en el ámbito del Derecho internacional, norma consuetudinaria que constituye una regla de *ius cogens* oponible *erga omnes*. La Convención establece una jurisdicción temporal retroactiva ilimitada incluso de los crímenes ya prescritos en el momento de entrada en vigor del citado texto convencional. Como último argumento se trae la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que valora como defensora de la ausencia de límite temporal para la persecución de estos crímenes (con cita de las SSTEDH *Kononov c. Letonia*, Gran Sala, de 17 de mayo de 2010; *Mocanu y otros c. Rumanía*, Gran Sala, de 17 de septiembre de 2014).

c) Inaplicabilidad de la Ley 46/1977, de 26 de octubre, de Amnistía. La demanda apela aquí a que diferentes mecanismos de las Naciones Unidas y de otras instancias internacionales han sido especialmente críticos con la interpretación judicial de los tribunales españoles sobre la Ley 46/1977, de Amnistía y critica los pronunciamientos de la STS de 27 de febrero de 2012 al respecto con apoyo en esas manifestaciones así como en la jurisprudencia del TEDH, donde, según valora el demandante, se declara la inadmisibilidad de las amnistías como obstáculo para los procesos penales desde la finalidad de ofrecer un “recurso efectivo” y la general y creciente orientación internacional desde hace lustros a considerar las amnistías jurídicamente inaceptables. De todo ello concluye que no hay ninguna norma de impunidad que impida la investigación de los crímenes internacionales y que no hacerlo, sobre la base de una interpretación ajena a las obligaciones internacionales que el Estado tiene contraídas, sitúa al Estado en posición de incumplimiento de las mismas.

II. Fundamentos Jurídicos

1. Objeto y planteamiento impugnativo del recurso de amparo

El presente recurso de amparo se interpone contra el auto de 28 de junio de 2018 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo, que acuerda no admitir a trámite la querrela formulada por el recurrente por delitos de lesa humanidad y tortura. La decisión de inadmisión fue confirmada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo mediante auto de 17 de septiembre de 2018.

El demandante plantea como motivo único la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, fruto de la inadmisión de la querrela que había presentado para la investigación de hechos acontecidos bajo la dictadura franquista durante los años 60 y 70, que estima constitutivos de delitos de crimen contra la humanidad, tortura y lesiones. A su entender, las decisiones judiciales fundan la decisión de no admitir –sin investigación previa alguna– en argumentos contrarios al Derecho internacional penal, lesionando la garantía procesal de investigación de crímenes de lesa humanidad y de enjuiciamiento de sus responsables, lo que le ha impedido obtener una decisión judicial que restablezca su dignidad, reputación y derechos como víctima.

2. Especial trascendencia constitucional y resolución por auto

El Tribunal estima que la demanda plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión, en tanto se inserta en una serie de recursos de amparo que vienen planteándose, desde diversas circunstancias fácticas y con variadas consideraciones jurídicas, en relación con las decisiones de no investigar penalmente hechos acontecidos durante la Guerra Civil y la dictadura franquista y denunciados en fechas recientes. Además de detectar esa reiteración de demandas, el Tribunal ha apreciado que los argumentos que en ellas se esgrimen presentan gran homogeneidad, sin perjuicio de las especificidades que cada caso concreto pueda tener. Homogeneidad que, a su vez, se corresponde con la uniformidad de las razones habitualmente aducidas en las resoluciones judiciales impugnadas para no iniciar o terminar anticipadamente un procedimiento penal, que los órganos judiciales toman de los conocidos pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre estas cuestiones, también seguidos en los autos cuestionados en la presente demanda. Se trata de la STS 798/2007, de 2 de julio (caso *Scilingo*), la STS 101/2012, de 27 de febrero (caso *Garzón*) y el ATS de 28 de marzo de 2012 (competencia en la investigación de las fosas de la Guerra Civil y el franquismo). Esta confluencia de recursos, de contenidos de denuncia y de interpretación judicial opuesta determina, en primer lugar, que se aprecie la concurrencia de la especial trascendencia constitucional exigida por el art. 50.1 b) LOTC, con encaje en el supuesto g) enunciado en el fundamento jurídico segundo de la STC 155/2009, de 25 de junio.

Y en segundo lugar, la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional de pronunciarse al respecto mediante un auto, forma que nos permite explicitar y hacer públicas las razones que nos llevan a no admitir el recurso por no apreciar la existencia de la lesión denunciada, con la consiguiente proyección general a asuntos análogos en la medida en que, efectivamente, lo sean.

3. *El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la legalidad penal como derechos concernidos*

La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por considerar que las razones que sustentan la no admisión a trámite de la querrela por crímenes contra la humanidad y delito de tortura realizado en tal contexto, no son compatibles con las obligaciones de investigación que impone el Derecho internacional al Estado español, ni con la eficacia de tal Derecho en el ámbito penal. Este planteamiento involucra al derecho de acceso a la jurisdicción, como vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), cuya lesión se alega como motivo de amparo, e incide también en los derechos protegidos en el art. 15 CE, y en el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), así como a la comprensión de las relaciones entre el ordenamiento nacional y el Derecho internacional.

A. Doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a la jurisdicción penal

El derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal, se configura como un *ius ut procedatur*, y su examen constitucional opera desde la perspectiva del art. 24.1 CE, siéndole asimismo aplicables las garantías del art. 24.2 CE (STC 87/2020, de 20 de julio, FJ 3). Desde esta aproximación “[e]l querellante o denunciante ostenta, como titular del *ius ut procedatur*, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho (SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2), pero no incluye el derecho material a obtener una condena y a la imposición de una pena, pues el *ius puniendi* es de naturaleza exclusivamente pública y su titularidad corresponde al Estado” (STC 87/2020, FJ 3, de nuevo con ulteriores referencias). Adicionalmente, “quien ejercita la acción en forma de querrela no tiene, en el marco del art. 24.1 de la Constitución, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación” (STC 129/2001, de 4 de junio, FJ 2, con ulteriores referencias).

Por tanto, las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión a trámite si se fundamenta de forma razonable en la exclusión *ab initio* del carácter delictivo de los hechos imputados –art. 313 LECrim– (SSTC 148/1987, de 28 de

septiembre, FJ 2; 111/1995, de 4 de julio, FJ 3; 94/2001, de 2 de abril, FJ 2; 129/2001, de 4 de junio, FJ 2; 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).

Ahora bien, cuando la acción penal se insta en defensa de otro derecho fundamental, el art. 24.1 CE exige, además de una resolución motivada y fundada en derecho, una resolución coherente y respetuosa con el contenido del derecho fundamental afectado cuya tutela penal se insta (STC 26/2018, de 5 de marzo, FFJJ 4 y 7, con numerosas referencias). Y, adicionalmente, cuando el derecho de acción penal atañe a denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes y se ve impetrada la defensa del derecho fundamental del art. 15 CE, se impone un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos (entre muchas, SSTC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3, o STC 130/2016, de 18 de julio, FJ 2). Se conecta esta exigencia con lo dispuesto en los tratados firmados por España, donde destaca la obligación positiva de protección de los Estados, tal y como se deriva del art. 12 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes de 1984 (que entró en vigor en España el 20 de noviembre de 1987) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, entre las últimas resoluciones relativas a España, SSTEDH de 31 de mayo de 2016, *Beortegui Martínez c España*, §§ 37, 45 y 49, y de 13 de febrero de 2018, *Portu Juanamea y Sarasola Yarzabal c. España*, §§ 87-88).

B. Doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal

El principio de legalidad penal, además de un principio inherente al Estado de Derecho que se enuncia en el Título Preliminar (art. 9.3 CE), se configura como contenido de un derecho fundamental (art. 25.1 CE) y se recuerda como límite en la definición del estatuto y la competencia esenciales de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1 CE) (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 21 de enero, FJ 2; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). En él convergen diversos fundamentos. De un lado, la libertad, con la regla general de la licitud de lo no prohibido, y la seguridad jurídica, que exige saber a qué atenerse, (SSTC 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; o 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 8). La previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos resulta una exigencia material imprescindible para mantener la seguridad y, con ello, la libertad de actuación en niveles constitucionalmente admisibles. De otro lado, la exigencia de legitimidad democrática de las normas penales es garantía de intervención del pueblo en una decisión tan trascendental para sus derechos como la definición de la conducta prohibida bajo

amenaza de pena (STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3). La garantía imbricada de la libertad y de la seguridad jurídica junto con su legitimación democrática operan como criterios rectores de la tarea de definir los contenidos del art. 25.1 CE, que hemos identificado con los diversos aspectos característicos enunciados con el brocardo *nullum crimen nulla poena sine praevia lege scripta, certa et stricta*.

Lo anterior supone que únicamente cabe imponer una condena por un hecho cuando existe una norma jurídica con un determinado rango (*lex scripta*), que prevé que tal hecho es punible y que, si se realiza, le corresponderá una determinada pena. Existe una reserva de ley para definir delitos y para sancionarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal [SSTC 142/1999, FJ 3; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. De conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE en relación con el art. 17.1 CE, esa ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad (STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5). No puede operar como fuente inmediata de infracciones y sanciones el derecho infralegal, ni pueden establecerse unas y otras en virtud de normas consuetudinarias o por creación judicial (STC 151/1997, FJ 3).

Junto a esta garantía formal, el principio de legalidad incluye otra de carácter material y absoluto, la “exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción” (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2, o 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5). La prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable, en perjuicio del reo, incorpora la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a posteriori con una calificación de delito o falta o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho, lo que significa que queda absolutamente prohibido en virtud del art. 25.1 CE aplicar una ley penal desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor (SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 5; y 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3).

El derecho a la legalidad penal comporta, en relación con el legislador, el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever las consecuencias de sus acciones

(entre muchas, SSTC 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4, o 9/2018, de 5 de febrero, FJ 6). El legislador, único legitimado para definir delitos y sus consecuencias jurídicas, debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles y ha de describir *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 142/1999, FJ 3, y 24/2004, FJ 2 con numerosas referencias). Por su parte, los jueces y tribunales están sometidos al principio de tipicidad (*lex stricta*) en su labor de aplicación de las leyes, que implica una sujeción estricta a la ley penal y el veto a la exégesis y aplicación de las normas penales fuera de los supuestos y de los límites que determinan, singularmente, el recurso a la analogía *in malam partem*. En la determinación negativa de la previsibilidad y, con ello, de los límites de una aplicación de la norma penal conforme con el principio de legalidad, es doctrina unánime y reiterada de este Tribunal, que se quiebra el derecho “cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí” (entre otras, SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 1 o 150/2015, de 6 de julio, FJ 2).

4. *El derecho consuetudinario internacional como fuente penal insuficiente por no responder a los principios de lex scripta, praevia y certa.*

El canon constitucional para valorar la violación alegada del derecho a la tutela judicial efectiva impone verificar la existencia de una decisión razonada y razonable por parte de los órganos judiciales, tanto desde la perspectiva legal como desde su coherencia y respeto con el derecho o derechos fundamentales cuya tutela penal se pretende. Con la particularidad de atender a la incidencia que puedan tener las obligaciones de investigación y persecución penal asumidas por el Estado español, y por ende, por los poderes públicos, en la razonabilidad de la resolución. En otras palabras, debe analizarse si la aplicación del principio de legalidad penal empleado por la resoluciones de instancia, para excluir la investigación penal requerida, y que puede llegar a conformar una obligación positiva del Estado español, resulta compatible con las exigencias de razonabilidad derivadas del art. 24.1 CE.

La existencia de un deber de perseguir y castigar los crímenes internacionales impuesto por el Derecho internacional supone, ante todo, investigar y penar los hechos como tales delitos

especiales. Sin embargo, al tiempo de cometerse los hechos denunciados en la querrela no existía en el ordenamiento jurídico-penal español la figura del crimen contra la humanidad, que se introduce como art. 607 bis CP por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor a partir del 1 de octubre de 2004. A pesar de la innegable falta de una tipificación interna, si se acepta la aplicación directa de las figuras penales de Derecho penal internacional podrán perseguirse las conductas como crimen internacional y no solo como delito ordinario, común o clásico, con un contenido de injusto diferente. Es más, si se acepta el recurso directo al Derecho penal internacional, no solo se admite acudir directamente a sus figuras penales, sino también a sus reglas y principios. Se plantea así en la demanda la posibilidad de aplicar la figura internacional de crimen contra la humanidad, sin que obste a ello la prescripción o la amnistía por cuanto así lo disponen las normas consuetudinarias internacionales.

Sin embargo, la posibilidad de acudir al Derecho internacional como fuente de tipos penales, en especial al consuetudinario, resulta incompatible con el principio de legalidad penal tanto desde la garantía formal como desde la garantía material, tal y como se deriva de las resoluciones de instancia.

Resulta incompatible con la garantía de *lex scripta*, no solo porque las fuentes del Derecho internacional invocadas en la demanda de amparo sean normas consuetudinarias y principios generales, sino porque la garantía formal articula la necesaria legitimidad democrática de la previsión de delitos y sus consecuencias jurídicas, tanto por la limitación de la libertad de actuación que comportan las prohibiciones y mandatos penales como por la aflicción de la respuesta punitiva, y esa legitimidad no se identifica en el derecho internacional consuetudinario. Pero estas fuentes también resultan incompatibles con la garantía de *lex certa* y de *lex praevia* accesible y previsible. Frente a tales exigencias, aceptar que las normas internacionales imponen una obligación de investigar y castigar los crímenes internacionales, orientada a evitar la impunidad de los ataques graves a los derechos humanos, dista de equiparar esa obligación con la existencia de un tipo penal que reúna las condiciones materiales de accesibilidad y previsibilidad. En el caso particular del delito de lesa humanidad aquí controvertido, no existía en el momento de los hechos denunciados norma convencional específica al respecto, y ni las primeras manifestaciones judiciales del delito de lesa humanidad ni la práctica internacional posterior presenta una uniformidad que permita tener por existente un tipo penal consuetudinario preciso en el sentido del art. 25.1 CE en aquel momento.

Ni el análisis de los procesos de Núremberg y Tokio, ni el examen del art. 1.b) de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad de 1968, del art. 5 del Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia de 1993, del Estatuto para el Tribunal penal internacional para Ruanda de 1994 (art. 3), o del art. 7 del Estatuto de Roma de 1998 permiten entender que existiera, al tiempo de los hechos denunciados, una prohibición que alcance un grado de certeza suficiente en sus elementos para integrar una descripción típica apta para sustentar una condena penal conforme al art. 25.1 CE. Déficit que se une a la ausencia de una previsión con mínima certeza sobre las consecuencias penales de infringir tal prohibición. Aun cuando haya un núcleo constante identificado con la prohibición de ciertos ataques a la población civil, ese núcleo básico no es preciso y, en tal medida, suficiente para castigar penalmente, porque, más allá de la caracterización como prohibido y punible de ese tipo de ataque, no ofrece datos que permitan apreciar el hecho y sus consecuencias penales en toda su magnitud. Tampoco la autorización mediante la LO 6/2000, de 4 de octubre, del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, ratificado el 19 de octubre de 2000, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, aunque supone incorporar una norma escrita, ofrece un asiento normativo para la investigación y castigo penal de los hechos denunciados. El Estatuto no solo tiene eficacia prospectiva únicamente (arts. 11, 22 y 24 ECPI), sino que el propio principio de complementariedad (preámbulo, art. 1 y art. 17 ECPI) apunta a que no se pretende cambiar directamente los ordenamientos jurídico-penales nacionales incorporando directamente los tipos que establece.

En definitiva, los postulados constitucionales del principio de legalidad impiden que se apliquen en nuestro espacio constitucional figuras delictivas definidas en ámbitos parcialmente ajenos a nuestro ordenamiento de forma abierta, cambiante, no homogénea ni consolidada en una redacción precisa y que, además, no establecen de forma específica la penalidad que corresponde a la conducta sancionada. Desde el momento en que no es posible investigar los hechos como crimen de lesa humanidad al ser una calificación inviable, decaen también las consecuencias que el demandante vincula a la calificación como crimen internacional en orden a remover obstáculos a su persecución, esto es, la imprescriptibilidad y la amnistía de tales crímenes. Al derivarse de las resoluciones de instancia impugnadas en amparo esta comprensión del principio de legalidad penal, no puede imputarse a las mismas la ausencia de razonabilidad o la arbitrariedad en la argumentación.

5. Delito de tortura y prescripción

Descartada la posibilidad de perseguir los hechos como crimen contra la humanidad, se plantea la posibilidad de hacerlo por los delitos comunes entonces existentes. Las torturas y lesiones que denuncia el demandante eran delictivas conforme al Derecho español coetáneo, como lo entienden las resoluciones impugnadas, pero siéndolo en tanto que lesiones o delitos de funcionarios de escasa gravedad los ilícitos están prescritos, pues, incluso si se atiende a la fecha del último suceso (1974), han pasado más de cuarenta años entre su comisión y su denuncia y el Código penal aplicable preveía un plazo máximo de prescripción de veinte años (art. 113 CP 1973). Este argumento, al que apelan los dos autos impugnados, resulta una razón en principio incontestable para no admitir la querrela: los hechos no pueden perseguirse penalmente al estar extinta la responsabilidad penal, por lo que no puede iniciarse el procedimiento.

En este punto, la demanda invoca las peculiares reglas y principios de los crímenes internacionales, que, dada la imposibilidad de calificar los hechos como tal modalidad delictiva, se proyectarían aquí a la calificación de tortura (y las lesiones a ella vinculadas) como delito aislado –por más que reiterado en los tres episodios descritos en la querrela– y no en un contexto de vulneración sistemática. Se caracteriza así la tortura como crimen imprescriptible conforme a las normas internacionales consuetudinarias de *ius cogens*.

Pero no resulta clara la existencia de una norma consuetudinaria asentada sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en el momento de los hechos, menos aún que se tratara de una norma de *ius cogens*, ni tampoco lo era la consideración de la tortura desvinculada del elemento sistemático como uno de esos crímenes imprescriptibles. Ni la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, que dispone la aplicación retroactiva de la regla de no prescripción, ni la Convención Europea de 1974 sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, que no contempla su aplicación retroactiva a los crímenes prescritos antes de su entrada en vigor, contemplan la tortura entre los crímenes de lesa humanidad sobre los que se proyectan. Y, en cualquier caso, ninguna de las dos convenciones ha sido ratificada por España. Por su parte, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, esta sí, ratificada por nuestro país, no contiene la previsión de imprescriptibilidad. Estas consideraciones corroboran que no posee carácter de norma consuetudinaria la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales al tiempo de los hechos y, en todo caso, como

regla extensible a la tortura como delito individual que aquí se analiza. Tampoco la práctica en las jurisdicciones internacionales *ad hoc* e híbridas ha sido concluyente.

Al margen de la debilidad de la premisa de que existe una norma consuetudinaria internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, en la que se incluye la tortura como delito individual, se trasladan aquí en gran medida los problemas para aceptar la costumbre como fuente de normas con incidencia penal. Pero, sobre todo, la pretensión de imprescriptibilidad de los hechos denunciados supone la quiebra de la garantía de irretroactividad y, con carácter general, de la tutela de la seguridad jurídica y la libertad que orienta las garantías penales, entre las que se encuentra la figura de la prescripción.

Los órganos de la jurisdicción ordinaria atribuyen una naturaleza material a la prescripción, que lleva aparejada la irretroactividad de los cambios desfavorables y la retroactividad de los que no lo sean (entre muchas, SSTS 101/2012, de 27 de febrero; 583/2016, de 19 de junio, FJ 6º; y 189/2018, de 20 de abril, FJ 3º).

Así se ha entendido también por la jurisprudencia constitucional, que sostiene que la prescripción extingue la responsabilidad penal –no la acción penal–, en atención a la función preventiva de la pena y el derecho del inculpado a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, contribuyendo con su existencia al valor constitucional de la seguridad jurídica (ya la STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3). Posteriormente en la STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 2 a), al afirmar que “la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del inculpado o condenado, su derecho a que no se dilate indebidamente esta situación o la virtual amenaza de la sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto en general encuentra su propia justificación en el principio de seguridad jurídica”. El fundamento material de la prescripción se sitúa, pues, en los principios de seguridad jurídica e intervención mínima y proporcionada a la gravedad de los hechos y los fines legítimos de prevención general y especial que justifican el ejercicio del *ius puniendi*, en tanto la amenaza penal requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz (por todas, STC 63/2005, de 14 de marzo, FFJJ 4 a 6). Esa comprensión material de la prescripción del delito determina que la infracción penal tiene un plazo, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su

comisión (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 4; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2; 37/2010, de 19 de julio, FJ 2). El contenido normativo es, pues, el propio de una norma penal, de modo que la determinación de las previsiones legales aplicables sobre la prescripción han de ser las vigentes y correspondientes a la infracción penal que se hubiera cometido y por la que habría de ser condenado de no concurrir la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal y no las relativas a otro título de imputación (SSTC 37/2010, de 19 de julio, FJ 5; y 25/2018, de 5 de marzo, FJ 2), aquí, el crimen contra la humanidad o la regla de imprescriptibilidad inexistente al tiempo de su comisión.

Es de tener en cuenta, además, que, en la medida en que se afecta a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal, no resultará suficiente, como se dijo en la STC 97/2010, de 17 de noviembre, FJ 2 b), “un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal”. Y, en atención a ello, “la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de la lesión de los derechos fundamentales en juego en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo (SSTC, por todas, 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 7 y 10; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2; 207/2009, de 23 de noviembre, FJ 2, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 2)”.

Se concluye de lo anterior que los hechos denunciados no pueden ser calificados como delito contra la humanidad, de modo que no puede acudir a la cuestionada norma de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y que ni existía entonces una norma internacional que imponga la imprescriptibilidad de la tortura como crimen independiente. Sea como fuere, dado que han prescrito conforme a la calificación aplicable de tortura, de ninguna manera es posible ampliar los plazos o aplicar causas de interrupción retroactivamente. En este marco, la opción defendida en las resoluciones impugnadas, que aprecian la prescripción, resulta acorde con la doctrina de este Tribunal (por todas, STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5), y, con ello, acorde con el canon de razonabilidad del derecho de acceso a la jurisdicción.

6. *La obligación positiva de los Estados de persecución penal de determinados delitos.*

El Tribunal no niega, como tampoco se hace por las resoluciones judiciales cuestionadas, la gravedad de las conductas descritas en la denuncia, ni la importancia de una investigación eficaz como elemento básico de tutela de los derechos comprometidos por los efectos de la impunidad, ni la existencia de obligaciones de investigar, perseguir y penalizar respecto a los crímenes internacionales llamados de primer grado (genocidio, crímenes de guerra y crimen contra la humanidad). Sin embargo, el fundamento normativo, alcance y contenido de ese deber no resulta indiscutido.

Algunos tratados internacionales se limitan a fijar la necesidad de un derecho al recurso efectivo por las violaciones de los derechos (art. 2.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y art. 13 CEDH) o a establecer un deber de tipificación (art. V de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948). Otros instrumentos, más recientes y especializados, recogen, junto al deber de tipificación, el deber de investigación (art. 12 de la Convención contra la tortura de 1984 o art. 12.2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006), cuyo carácter absoluto resulta controvertido. Ninguno de esos instrumentos específicos estipula la imprescriptibilidad de los correspondientes delitos, tampoco la prohibición de amnistías. Y si bien es cierto que el instrumento normativo capital del Derecho penal internacional actual, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, contiene una regla de imprescriptibilidad en su artículo 29, esa previsión se proyecta solo *pro futuro* y a los crímenes de su competencia, y no impone una obligación absoluta ni prohíbe con igual carácter absoluto instituciones limitadoras de la persecución penal. Asimismo, y en conexión con el panorama normativo anterior, se discute que esa obligación absoluta de persecución y castigo forme parte de la costumbre internacional y, específicamente, del *ius cogens*, porque ni la práctica de los Estados y otros sujetos de Derecho internacionales es constante y uniforme, ni la *opinio iuris* que se deduce del conjunto de normas relevantes sobre el carácter vinculante de la regla es unívoca y consolidada.

La obligación de persecución penal se considera fruto de la progresión de la jurisprudencia de algunos tribunales de derechos humanos a partir de una interpretación evolutiva de sus respectivos instrumentos de referencia, que inserta la obligación en el más amplio deber de protección de los derechos humanos que recae sobre los Estados. Pero de la jurisprudencia del TEDH, que nos vincula por la vía de lo prescrito en el art. 10.2 CE, no puede deducirse una

obligación de persecución penal que conduzca a considerar contrarios al CEDH los pronunciamientos impugnados en el presente recurso de amparo.

El Tribunal de Estrasburgo conecta el deber de persecución penal con las obligaciones positivas de adoptar las medidas precisas que derivan del art. 1 CEDH en orden a garantizar la protección de los derechos y, en particular, con las obligaciones procesales de investigación de los Estados ante la violación de derechos protegidos por el Convenio Europeo, en especial, el derecho a la vida (art. 2 CEDH) y la prohibición de la tortura (art. 3 CEDH) (por todas, STEDH de 17 de septiembre de 2014, *Mocanu c. Rumanía*, §§ 317 y ss., con más referencias). Esa obligación procesal, además, goza de autonomía respecto a la vulneración sustantiva, de modo que, incluso si la lesión del derecho se produjo con anterioridad a la vigencia del Convenio, la Corte de Estrasburgo puede, en determinadas circunstancias, resultar competente *ratione temporis* en relación con los actos y omisiones procesales vinculados a tal lesión que tuvieron lugar o debieron haberlo tenido tras la entrada en vigor de la Convención en el Estado de que se trate (por todas, SSTEDH [GS] de 9 de abril de 2009, asunto *Šilih c. Eslovenia*, § 158 y ss., y de 21 de octubre de 2013, asunto *Janowiec c. Rusia*, § 142 y ss.).

En particular, al delinear las características de una investigación eficaz en materia de tortura o de malos tratos infligidos por agentes del Estado, la corte europea ha afirmado que “la acción penal no debería extinguirse por el efecto de la prescripción, así como la amnistía y la gracia no deberían ser toleradas en este ámbito (*Abdulsamet Yaman c. Turquía*, núm. 32446/1996, ap. 55, 2 noviembre 2004, *Yeter c. Turquía*, núm. 33750/2003, ap. 70, 13 enero 2009, y *Asociación “21 Diciembre 1989” y otros*, citada, ap. 144). Además, la aplicación de la prescripción debería ser compatible con las exigencias del Convenio. En consecuencia, es difícil aceptar plazos de prescripción inflexibles que no sufran ninguna excepción (ver, *mutatis mutandis*, *Röman c. Finlandia*, núm. 13072/2005, ap. 50, 29 enero 2013)” (STEDH de 17 de septiembre de 2014, *Mocanu c. Rumanía*, § 326; posteriormente, SSTEDH de 7 de abril de 2015, *Cestaro c. Italia*, § 208; o de 6 de octubre de 2015, *Kavaklioğlu y otros c. Turquía*, § 237).

A pesar de lo dicho los instrumentos internacionales y los pronunciamientos de los órganos de garantía no ofrecen seguridad sobre el ámbito objetivo de la obligación de perseguir y castigar al margen del núcleo de los crímenes internacionales o sobre su contenido, sobre las exigencias y prohibiciones que determina. Prueba de la ausencia de consenso son los siguientes pronunciamientos:

(i) El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha considerado tradicionalmente que no se vulnera el derecho al recurso efectivo del art. 2.3 PIDCP cuando no se investigan violaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor (en el caso español, el 27 de julio de 1977), ya que ese derecho solo nace cuando, con carácter previo, se ha establecido una violación del Pacto, lo que exige su vigencia al tiempo de dicha lesión (*R. A. V. N. y otros c. Argentina*, Decisión sobre admisibilidad de 26 de marzo de 1990, CCPR/C/38/D/343/198; *S. E. c. Argentina*, Decisión sobre admisibilidad del 26 de marzo de 1990, CCPR/C/38/D/275/1988). Esa doctrina, basada en la prohibición de aplicación retroactiva del Pacto, se ha visto confirmada recientemente en el caso *K.K. y otros c. Federación de Rusia* (Decisión de 7 de enero de 2020, CCPR/C/127/D/2912/2016).

(ii) Tampoco en su actividad la Corte Penal Internacional parece sostener la existencia de una obligación absoluta de punición con el consiguiente rechazo de toda figura restrictiva de la responsabilidad penal (CC, *Prosecutor vs Gaddafi and Al-Senussi*, Decision on the admissibility, Pre-Trial Chamber I, ICC 01/11-01/11, de 31 de mayo de 2013, §§ 85-86). De otro lado, ha negado expresamente en una reciente decisión de la Sala de Apelaciones la existencia de una prohibición consolidada de las amnistías (ICC, *Prosecutor vs Saif A-Islam Gaddafi*, Appeals Chamber, Admissibility appeal decisión, ICC-01/11-01/11, de 9 de marzo de 2020, § 96).

(iii) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha venido mostrando más flexible que la Corte Interamericana, considerando que las obligaciones positivas y procesales no son siempre incompatibles con decisiones de no acometer procedimientos penales o no condenar (STEDH de 17 de marzo de 2009, *Ould Dah c. Francia*). Y, si bien resoluciones más recientes aproximan su posición a la de su homólogo interamericano, tampoco se rechaza en ellas *tout court* la posibilidad de prescripción, amnistía u otras limitaciones o atenuaciones de la respuesta penal (SSTEDH de 27 de mayo de 2014, *Marguš c. Croacia*, §§ 125-138 y § 346; y de 17 de septiembre de 2014, *Mocanu c. Rumanía*, §§ 316-319, 326).

El Tribunal Europeo, además, realiza sus manifestaciones genéricas sobre la inadmisibilidad de instituciones eximentes en contextos aplicativos de tolerancia con

resultados de impunidad, por el retraso o la negligencia en la investigación o por utilizar fraudulentamente las disposiciones legales atemperadoras de la responsabilidad penal para evitar o reducir la condena (SSTEDH de 2 de noviembre de 2004, *Abdülşamet Yaman c. Turquía*, §§ 57-59 y 76; de 20 de febrero de 2007, *Zeynep Özcan c. Turquía*, § 43; de 8 de abril de 2008, *Ali y Ayşe Duran c. Turquía*, § 68; de 2 de diciembre de 2008, *Erdal Aslan, c. Turquía*, §§ 76-77). O, incluso, en contextos normativos que dificultan la persecución y castigo penal a pesar de la actuación diligente de los órganos judiciales, precisamente o, entre otras razones, por las reglas sobre prescripción (STEDH de 7 de abril de 2015, *Cestaro c. Italia*, § 225). Se apela, en otras palabras, a la eficacia preventivo general negativa y positiva, disuasoria y confirmadora de la vigencia de la norma, del sistema legal y judicial en su labor de tutela del derecho, que, en ningún caso, pueden generar o tolerar climas de impunidad de los atentados a la integridad física y moral de las personas (STEDH de 11 de marzo de 2021, *Baranin y Vukčević c. Montenegro*, y jurisprudencia allí citada)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece deberes generales de evitar un clima de impunidad como mecanismo para proteger los derechos humanos, pero, aunque lo hace a raíz de quejas individuales, en su jurisprudencia el castigo penal de los autores no es requerido como remedio para la víctima individual. Señala una obligación de investigación cuya adecuación vincula a la posibilidad de identificar y sancionar a los autores de las lesiones, la concibe como un mecanismo de protección del derecho y no como un derecho de la víctima al castigo, desconocido en el sistema convencional europeo, como lo es en nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales y del ejercicio del *ius puniendi*. Se trata de una obligación abstracta de medios, no concreta de resultado. Por lo demás, no debe olvidarse que la interpretación extensiva del derecho a la vida (art. 2 CEDH) y la prohibición de la tortura (art. 3 CEDH) que efectúa el Tribunal Europeo en sus resoluciones no implica un pronunciamiento sobre responsabilidades individuales (SSTEDH de 17 de enero de 2013, *Mosendz c. Ucrania*, § 95; y de 17 de septiembre de 2020, asunto *Kotilainen y otros c. Finlandia*, § 93).

Por último, la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las obligaciones procesales, aun cuando ha permitido una suerte de aplicación retroactiva del Convenio, limita esa posibilidad en atención tanto a la conexión temporal de los hechos y la entrada en vigor del Convenio (lo que llama “fecha crítica”), como a la

propia diligencia del demandante en una denuncia temporánea. La STEDH de 21 de octubre de 2013 [GS], *Janowiec c. Rusia*, ha precisado el alcance de la obligación de los Estados de investigar derivada de los arts. 2 y 3 CEDH en relación con hechos acaecidos antes de la entrada en vigor del Convenio en el país en cuestión, afirmando que su competencia exige una “conexión genuina”, que aprecia cuando el lapso entre la vulneración y la vigencia del Convenio es razonablemente corto y una parte considerable del procedimiento se ha desarrollado después de la “fecha crítica” de entrada en vigor, o, en su defecto, existe la necesidad de actuar para garantizar los valores subyacentes a la Convención (§ 141). Pero incluso respecto a esta segunda posibilidad, ha excluido la obligación del Estado cuando, pese a tratarse de hechos que niegan los fundamentos y valores del Convenio (delitos graves de Derecho internacional), son previos a su adopción, esto es, previos al 4 de noviembre de 1950 (§ 151).

En esta línea, resulta fundamental a propósito del asunto examinado y otros relacionados, la Decisión de no admisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de marzo de 2012, en el caso *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España*. La corte no consideró proyectable su doctrina sobre las obligaciones procesales derivadas de acontecimientos previos a la entrada en vigor del Convenio a la ausencia de investigación de la desaparición forzada del abuelo y el padre de los demandantes en 1936. En esa resolución apela a esos límites, que vincula con la expectativa razonable de una investigación eficaz, el principio de seguridad jurídica e, incluso, el sentido y la eficacia (o la falta) de un pronunciamiento del Tribunal tantos años después, todo ello puesto en relación con el efecto negativo del paso del tiempo sobre las posibilidades de una investigación eficaz (§§ 34-37). La falta de diligencia de los recurrentes, que conduce a la extemporaneidad, fue la razón aducida por la Corte para inadmitir el 8 de noviembre de 2012 el asunto *Canales Bermejo c. España*. El Tribunal de Estrasburgo tuvo en cuenta como momento en que era viable la denuncia de la omisión de la debida investigación la fecha en que el derecho de demanda individual es aplicable en España, el 1 de julio de 1981, incluso a pesar de existir una Ley de Amnistía de 1977 (§ 39), sobre la que no se pronuncia el Tribunal Europeo.

La ausencia de un criterio unánime respecto de la obligación de investigar; basta para entender que no cabe imponer a los tribunales nacionales una investigación y castigo penal frente a conductas sobre las que han operado causas legales extintivas de la responsabilidad penal y,

menos aún, una rebaja de las garantías del derecho a la legalidad penal, tal y como sostiene fundadamente el auto impugnado de la Audiencia Provincial de Oviedo por remisión a los pronunciamientos del Tribunal Supremo. Y, en tal medida, esas obligaciones tampoco pueden sostener la denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de resoluciones que razonan así la decisión de no admitir la querrela.

7. Conclusión: sobre la manifiesta falta de lesión del derecho fundamental invocado.

De lo expuesto en los fundamentos jurídicos que anteceden se deriva consecuentemente la manifiesta falta de vulneración del derecho fundamental invocado por el recurrente en amparo, lo que conduce a la inadmisión de la demanda

Conforme a lo sostenido, la fundamentación de las resoluciones de instancia de no admitir la querrela formulada por el demandante en la imposibilidad, conforme al art. 25.1 CE, de aplicar retroactivamente el delito de crimen contra la humanidad del art. 607 CP y de calificar como tal con base en la normativa internacional constituye una justificación sin tacha de irrazonabilidad por lo que no puede apreciarse la vulneración alegada del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE.

Además, la prohibición de renunciar a la persecución y castigo penal de los atentados contra los derechos humanos es una prohibición inexistente al tiempo de los hechos denunciados, de la amnistía (1977) e incluso de la prescripción conforme a la normativa aplicable, y tampoco se trata de una prohibición absoluta, ni por su alcance objetivo, ya que esa interdicción se ha consolidado respecto a los más graves delitos internacionales pero no respecto al resto de atentados contra los derechos humanos, ni por los límites que encuentra esa obligación. Que no existiera una prohibición de prescripción o amnistía al tiempo de los hechos y que ni siquiera el estado actual del Derecho internacional permita concluir que existe una prohibición absoluta de tales figuras pone de relieve la razonabilidad de los autos impugnados al atender a la prescripción de los delitos comunes y a su cobertura por la Ley de Amnistía como obstáculo para una investigación penal en 2018 de hechos datados en los años sesenta y setenta respecto a los que operaron como causas extintivas de la responsabilidad penal y, con ello, la falta de verosimilitud de la lesión denunciada del derecho de acceso a la jurisdicción.

En definitiva, el principio de legalidad garantizado por el art. 25.1 de nuestra Constitución y el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (art. 9.3 CE), impiden necesariamente que una vez extinguida la responsabilidad penal por hechos ocurridos hace más de cuarenta años, al haberse agotado los plazos máximos de prescripción determinados expresamente en el momento de cometerse los hechos, pueda revivirse con posterioridad una responsabilidad penal ya inexistente y, en consecuencia, que puedan ser investigadas penalmente las acciones imputadas a los supuestos responsables.

Ello no determina, en absoluto, la imposibilidad de activar la búsqueda de la verdad, de realizar investigaciones de otra índole o de proceder a las reparaciones pertinentes, a través de procedimientos, judiciales o extrajudiciales, ajenos en todo caso a la finalidad esencial del proceso penal, que no puede estar dirigido en ningún caso a la exigencia de una responsabilidad penal ya inexistente.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir el recurso de amparo núm. 5781-2018 interpuesto por don Gerardo Iglesias Argüelles.

Publíquese este auto en el “Boletín Oficial del Estado”.

Madrid, a quince de septiembre de dos mil veintiuno.

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 Cruelles, 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 *Abdülsamet 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.

Voto particular que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías al auto dictado en el recurso de amparo abogado núm. 5781-2018.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y con pleno respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno, expreso mi discrepancia con la decisión de inadmisión del presente recurso de amparo.

Como expuse en anteriores votos particulares -AATC 155/2016, de 20 de septiembre, 119/2018, de 13 de noviembre y 4/2019, de 29 de enero-, estimar que un recurso de amparo merece una decisión de fondo por parte de este Tribunal por considerarlo importante “para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación de los derechos fundamentales” [art. 50.1 b) LOTIC], como así se aprecia en el fundamento jurídico 2 del presente auto, puede ser condición bastante, a mi juicio, para que el Tribunal Constitucional decida la admisión a trámite del recurso. Y ello con independencia del resultado sobre el fondo al que, finalmente, se llegara por sentencia. A los citados autos me remito.

Tras estimarse por el Pleno que el presente recurso de amparo cumplía con la especial trascendencia constitucional requerida, considero que se mostraba conveniente haber decidido su admisión y tramitación; y, una vez efectuadas las alegaciones por las partes y el ministerio fiscal, haberse dictado una sentencia que, publicada en el “Boletín Oficial del Estado”, diera respuesta a una “cuestión jurídica de relevante y general repercusión” [supuesto g) del FJ 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio], como así se aprecia en el FJ 2 del auto. La naturaleza de la cuestión suscitada y el hecho de haber considerado necesaria la avocación del recurso al Pleno de este Tribunal, así como la propia discrepancia suscitada en el Pleno sobre la existencia de vulneración constitucional, de la que dan constancia mis compañeros, debieron resultar motivos suficientes, a mi juicio, para considerar que procedía la tramitación del recurso.

No puedo, por lo expuesto, sino mostrarme a favor de la admisión del presente recurso de amparo. Por último, y en coherencia con lo expuesto, creo innecesario hacer más consideraciones, en esta fase procesal, sobre los argumentos del auto que llevan a la mayoría de los magistrados a concluir que es manifiesta la falta de la lesión denunciada.

Y en este sentido emito mi voto particular.

En Madrid, a dieciséis de septiembre de dos mil veintiuno.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL