

La obligación de investigar las desapariciones forzadas y su aplicación a los crímenes del franquismo en España

The Duty to Investigate Enforced Disappearances and its Applicability to the Franco era Crimes in Spain

Patricio Galella*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La obligación de investigar las desapariciones forzadas en los instrumentos internacionales*. III. *La obligación de investigar las desapariciones forzadas en la jurisprudencia internacional*. IV. *Estado actual de las investigaciones en España*. V. *La insuficiencia de la Ley de Memoria Histórica*. VI. *¿Recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos?* VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

* Abogado, Universidad de Mar del Plata, Argentina; Magister en Asuntos Internacionales, Instituto de Estudios Políticos, París, Francia; Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid, España; candidato a doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid, España.

Agradezco los comentarios de Pietro Sferrazza Taibi a una versión anterior de este trabajo.

Artículo recibido el 28 de junio de 2013

Aprobado para publicación el 11 de septiembre de 2013

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de España en el caso por prevaricato contra el juez Garzón por pretender investigar los crímenes del franquismo ha cerrado la vía judicial como medio para canalizar las reclamaciones de los familiares *de víctimas del* franquismo. En su lugar, el Tribunal sostuvo que otros mecanismos eran los apropiados. La práctica indica, sin embargo, que los juzgados competentes han archivado sistemáticamente las causas y la Ley de Memoria Histórica es insuficiente, colocando a los familiares en un estado de indefensión. Esta situación contrasta con las obligaciones asumidas internacionalmente por España, en especial con la obligación de investigar, y con los desarrollos recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras claves: desapariciones forzadas, trato inhumano, obligación de investigar, derecho de las víctimas, derecho a la verdad, franquismo, justicia transicional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ABSTRACT: The decision of the *Tribunal Supremo* of Spain in the case against Garzón for malfeasance in relation with his decision to investigate the crimes of the Franco regime has closed down the access to judicial procedure to substantiate the claims from the relatives of the disappeared of that era. The Tribunal maintained that other mechanisms were appropriated; however, practice reveals that the competent local tribunals have systematically dismissed the applications and the Law on Historical Memory is insufficient, putting the victims in a permanent situation of injustice. This state of affairs differs from the international obligations assumed by Spain, especially with the obligation to investigate, and with recent decisions of the European Court of Human Rights.

Descriptors: enforced disappearances, inhuman treatment, duty to conduct an investigation, victims' rights, right to truth, Francoism, transitional justice, European Court of Human Rights

RÉSUMÉ: L'arrêt du *Tribunal Supremo* d'Espagne dans l'affaire contre le juge Garzón pour malfeasance en relation avec sa décision d'investiguer les crimes commis par le régime de Franco a fermé la procédure judiciaire en tant que mécanisme pour exercer les réclamations des familles des disparus de cette époque là. Le Tribunal a suggéré l'existence d'autres mécanismes appropriés. Cependant, dans la pratique, les juges compétents ont systématiquement rejeté les demandes et la Loi de Mémoire Historique n'est pas suffisante avec le résultat de soumettre les familles des disparus dans une situation permanente d'injustice. Cette réalité n'est pas compatible avec l'obligation d'investiguer les disparitions et avec les décisions du Tribunal Européen des Droits de l'Homme.

Mots-clés: disparitions forcées, traitement inhumain, devoir d'enquêter effectivement, droits des victimes, droit de savoir, Franquisme, justice transitionnelle, Court Européenne des Droits de l'Homme.

I. INTRODUCCIÓN

La desaparición forzada de personas ha sido definida como la privación de la libertad de una persona, cometida por el Estado, directa o indirectamente, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte y el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.¹ El fenómeno ganó trascendencia internacional tras la década de los setenta del siglo pasado como consecuencia de las estrategias de eliminación de oponentes políticos urdidas por los regímenes militares en Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Las juntas militares allí establecidas la practicaron sistemáticamente y a veces en estrecha cooperación —a través del lamentablemente famoso Plan Cóndor—, como método de combate frente a la denominada amenaza subversiva y el avance del comunismo a nivel nacional y regional.

A pesar de su trascendencia internacional a raíz de los hechos ocurridos en América Latina, los orígenes registrados de la desaparición forzada se remontan ya a la Segunda Guerra Mundial y en particular a 1941, cuando Adolf Hitler elaboró un decreto ordenando el traslado forzoso y secreto hacia Alemania de aquellas personas que, en territorios ocupados, constituyeran una amenaza para el Reich. Una vez trasladados, los detenidos desaparecían sin más y los oficiales tenían la obligación de no proveer ningún tipo de información sobre la suerte o paradero de la persona. De esta manera, se pretendía generar angustia e incertidumbre sobre la suerte de los detenidos en los países ocupados y además provocar un efecto disuasorio en la sociedad para evitar cualquier tipo de oposición.

En España, el régimen de Franco, que se extendió de los inicios de la Guerra Civil en 1936 hasta 1975, cometió violaciones graves a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario a través de detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales y torturas. Muchas de las

¹ Artículo 2o. de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, París, 20 de diciembre de 2006.

ejecuciones cometidas entre 1936 y 1939 no se registraron, ocultándose frecuentemente las circunstancias del fallecimiento así como el lugar de inhumación,² excepto en aquellos casos en que el fallecimiento era el resultado de un consejo de guerra sumario.³ Las víctimas sin registrar, sin conocimiento de las circunstancias de la muerte y abandonadas “en las cunetas de las carreteras, en las tapias de los cementerios, en los ríos, en pozos y minas, o enterradas en fosas comunes”,⁴ cuyo paradero continúa incierto hasta el día de hoy constituyen los desaparecidos de la Guerra Civil y el franquismo. Se trata de un colectivo que ha obtenido trascendencia pública sólo recientemente y se ha convertido en un grupo de víctimas significativo. A diferencia de otros países que padecieron regímenes represivos y en que ocurrieron desapariciones forzadas de personas, no ha habido en España investigaciones oficiales sobre los desaparecidos ni existe un censo sobre ellos, aunque el Informe General de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo de 2006 estima la existencia de entre 30 000 y 40 000 personas desaparecidas durante aquella época.⁵

La falta de investigación oficial sobre la suerte de este colectivo y la ausencia de un recurso efectivo a nivel interno han tenido como consecuencia directa la vulneración de los derechos de las víctimas y sus familiares, ubicándolos en un estado de indefensión permanente. La situación de los familiares de las víctimas ha empeorado luego de la sentencia del Tribunal Supremo de España en el caso contra el ex juez Baltasar Garzón por prevaricato. Si bien el Tribunal Supremo absolvió a Garzón, afirmó que el juez había errado en la aplicación del derecho y que el sistema judicial español y, en particular, el procedimiento penal, no era el medio idóneo para conocer la verdad sobre lo acontecido a sus familiares desaparecidos. Es más, el Supremo rechazó que Garzón pudiese investigar estos hechos porque implicaría una violación de los principios de

² Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier, 2009.

³ Preston, Paul, *La Guerra Civil española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387 y 308.

⁴ Casanova, Julián, “Desaparecidos”, *El País*, 10 de julio de 2008.

⁵ Informe de la Comisión Interministerial, 28 de julio de 2006, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CDO-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>.

la irretroactividad de la ley penal, el principio de legalidad y porque además los delitos habían sido objeto de una amnistía aprobada democráticamente. Por último, el Supremo consideró que los delitos estaban prescritos.⁶

Esta sentencia del Tribunal Supremo ha cerrado la vía penal como medio para canalizar las reclamaciones de los familiares y una de las consecuencias más preocupantes del proceso ha sido el archivo sistemático por parte de los juzgados competentes de las denuncias presentadas por los familiares de los desaparecidos, sin llevar adelante incluso ningún tipo de diligencia preliminar.⁷ *Estos juzgados territoriales que, según otra sentencia del Tribunal Supremo de España, serían los competentes para ordenar la práctica de “las diligencias dirigidas a datar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho”,⁸ han decidido archivar las denuncias relacionadas con casos de desapariciones forzadas con la consiguiente imposibilidad de iniciar cualquier tipo de investigación, aun cuando se pretenda simplemente la identificación de los cadáveres y su entrega a*

⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia núm. 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del derecho e injusticia, 27/02/2012. Similar argumento había expresado el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier-Alberto Zaragoza Aguado, en su recurso del 20 de octubre de 2008 ante el Tribunal Supremo: “Al respecto, hay que señalar desde este instante que lo trascendente a estos efectos no es un hecho material —que aparezca o no un cuerpo— sino un hecho jurídico —que durante todo el tiempo se haya prolongado una situación de detención ilegal—. Esto es, con independencia de que no puede dejar de reputarse una ficción el entender que durante casi setenta años (entre 1939 y 2008) o, en el mejor de los casos sesenta (entre 1951 y 2008), ha existido una situación de detención ilegal, que exige siempre, dado el bien jurídico que se protege —consistente en el libre ejercicio de la voluntad humana, en su forma más primaria, la libertad de movimientos— que la persona esté viva y privada del libertad durante todo ese tiempo, lo que no es posible en este caso por ser pública y notoria su muerte, tampoco puede entenderse como una consecuencia del carácter permanente del delito de detención ilegal que, en los casos del art. 166 CP, el *dies a quo* empiece a contar desde que haya aparecido un cadáver que se corresponda con el inicialmente detenido o, por el contrario, que si tal resto no aparece, el delito no prescriba nunca”.

⁷ Amnistía Internacional, Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo en España, 9 de mayo de 2012.

⁸ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Auto resolviendo cuestión de competencia, 28 de marzo de 2012, recurso número 20380/2009.

los familiares para darles digna sepultura. Sólo en raras excepciones los familiares han podido recuperar los restos de sus desaparecidos.⁹

Frente a esta situación, este artículo pretende poner de manifiesto la obligación de España de investigar las desapariciones forzadas de personas cometidas por el régimen de Franco a la luz del marco jurídico internacional (II) y la jurisprudencia de los tribunales internacionales (III). Luego analizará la situación actual de los procedimientos judiciales iniciados en España (IV), y la compatibilidad entre obligaciones asumidas por España y la denominada Ley de Memoria Histórica (V). Posteriormente, este artículo explorará la viabilidad de las reclamaciones de las víctimas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente se expondrán las conclusiones.

II. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LAS DESAPARICIONES FORZADAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

PATRICIO GALELLA

El derecho de las víctimas a un recurso efectivo frente a violaciones a los derechos humanos ha sido reconocido en la mayoría de los instrumentos internacionales y regionales de protección, como lo refleja el artículo 2(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 de la Convención contra la Tortura, el artículo 60. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 6 (2) de Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Especialmente Niños y Mujeres; el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales; el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; el artículo 7(1)(a)(25) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 80. de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estos instrumentos reconocen que el derecho a la justicia incluye tres aspectos básicos: en primer lugar, el deber del Estado de poner a disposición de las víctimas los procesos

⁹ Pascual, Ana María, “Los otros «Garzones» de la Memoria Histórica”, *Interview.es*, 6 de octubre de 2008.

destinados a denunciar, procesar, enjuiciar y eventualmente condenar a los responsables; en segundo lugar, la puesta en práctica de medidas destinadas a evitar la impunidad;¹⁰ en tercer lugar, la realización de una investigación rápida, eficaz, completa e imparcial.¹¹

Los instrumentos jurídicos de protección específicos en materia de desaparición forzada reconocen que la obligación de investigar y eventualmente condenar es esencial en la lucha contra la impunidad¹² y los Estados deben abstenerse de adoptar medidas que la restrinjan, como son, por ejemplo, las leyes de amnistía.¹³ La Declaración de Naciones Unidas sobre Desaparición Forzada de 1992 reconoce el derecho de las víctimas a un recurso judicial rápido y efectivo. En el caso de que existiesen motivos fundados para creer que una persona ha sido víctima de una desaparición forzada, el Estado tiene el deber de remitir a la autoridad judicial el asunto para que inicie una investigación, aún en ausencia de denuncia formal, investigación que no podrá ser obstaculizada o limitada de manera alguna y que deberá poder realizarse mientras persista la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida.¹⁴ La Conven-

¹⁰ Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 8 de febrero de 2005, principio 1. Para un análisis de los derechos de las víctimas véase Gómez Isa, Felipe, Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, p. 44, en Gómez Isa, Felipe (dir.), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, p. 623.

¹¹ Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006, principio núm. II. Sobre el particular, véase D'Argent, Pierre, "Responsabilité Internationale, Droits de l'homme et droit humanitaire", *Annuaire Français de Droit International*, Volume 55, 2006, p. 47.

¹² Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Mejores prácticas de la legislación penal en materia de desaparición forzada, Doc. A/HRC/16/48/Add.3, 28 de diciembre de 2010, p. 14.

¹³ Capellà i Roig, Margalida, *Las "desapariciones forzadas" en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo*, Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, vol. 6, 1999, p. 287.

¹⁴ Artículo 9 y 13 de Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Asamblea General de las Naciones Unidas, UN Doc. 47/133 de 18 de diciembre 1992.

ción Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas, por su parte, no contiene un artículo tan explícito como la Declaración de 1992 pero afirma en su artículo 1(b) que los Estados se comprometen a sancionar a los responsables de las desapariciones forzadas, con la consiguiente obligación de investigar los casos. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (en adelante Convención Internacional de 2006), recientemente entrada en vigor, y que es el primer instrumento jurídicamente vinculante en la materia de pretensión universal, formaliza en el artículo 12 la obligación del Estado de investigar los casos de desaparición forzada de personas, aún en ausencia de denuncia formal. Esta investigación deberá ser exhaustiva e imparcial y las autoridades deberán disponer de las facultades y recursos necesarios para llevar adelante eficazmente la investigación.¹⁵ Tal y como ya lo había reconocido la Declaración de Naciones Unidas de 1992, el artículo 24 (6) de la Convención Internacional, esta obligación se extiende hasta que se establezca la suerte de la persona desaparecida. En sus observaciones generales en relación con el informe relativo a Uruguay, el Comité sobre Desaparición Forzada¹⁶ señaló que Uruguay debía asegurar la investigación de las desapariciones forzadas “independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de la conducta delictiva”, al tiempo que recordó el carácter continuo del delito.¹⁷

La obligación de investigar la desaparición de una persona se complementa con el derecho de los familiares a saber la verdad sobre su suerte y circunstancias y, eventualmente, a recibir sus restos mortales. Podría decirse que forman las caras de una misma moneda: frente a la obliga-

¹⁵ El artículo 4o. del Anteproyecto de 1998 de la Comisión de Derechos Humanos, que es el antecedente a la Convención Internacional de 2006 también recogió expresamente esta obligación al disponer que los Estados se comprometen a investigar inmediata y prontamente toda denuncia por desaparición forzada e informar a la familia de la persona desaparecida sobre el destino y el paradero de ésta (apartado b) así como otorgar reparación pronta y adecuada por el daño causado a las víctimas de una desaparición forzada.

¹⁶ Creado en aplicación de la Convención Internacional de 2006.

¹⁷ Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto período de sesiones (8 a 19 de abril de 2013), Documento de Naciones Unidas CED/C/URY/CO/1, 3 de mayo de 2013, para. 14.

ción del Estado de investigar surge el derecho de los familiares a saber, a conocer la verdad. La Declaración de Naciones Unidas de 1992 no contiene una disposición expresa sobre el derecho a la verdad aunque trata implícitamente la cuestión en los artículos 13(4) y 9(1) al reconocer el derecho de los interesados a tener acceso a los resultados de una investigación y disponer de recursos judiciales rápidos y efectivos. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, en su observación general sobre el artículo 18, sostuvo que el derecho a la verdad y a la información se podía inferir del párrafo 2 del artículo 4o. y del artículo 9o. de la Declaración, que se refieren a la entrega de información que permita esclarecer una desaparición y al acceso a un recurso judicial rápido y eficaz respectivamente.¹⁸ En un informe sobre las lagunas del derecho internacional en materia de desaparición forzada, que sirvió de base para las discusiones sobre la futura Convención Internacional de 2006, Manfred Nowak recomendó que todo instrumento jurídico vinculante en la materia debía definir precisamente el concepto y las consecuencias jurídicas del derecho de los familiares a conocer la verdad de lo acontecido a sus seres queridos.¹⁹ Su opinión fue recogida expresamente en el tratado, tanto en su preámbulo como en su artículo 24 que reconocen el derecho de cada víctima a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. El legislador internacional entiende por víctima no sólo a la persona desaparecida sino también a sus familiares que hayan sufrido un perjuicio directo, recogiendo así una postura que había sido adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰ y

¹⁸ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN4./2006/91, para. 10. Comentario general sobre artículo 18 de la Declaración, Informe del GTDFI del 2005 (E/CN.4/2006/56).

¹⁹ Comisión de Derechos Humanos, 58o. periodo de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, p. 48.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs. Guatemala, sentencia del 24 de enero de 1998, fondo, para. 97; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia del 12 de agosto de 2008, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, para. 244; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia del 24 de febrero de 2011, fondo y reparaciones, para. 133, entre otros.

en menor medida por el Tribunal Europeo.²¹ El artículo 24 reconoce también la obligación del Estado de tomar las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas. En caso de fallecimiento, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desaparición forzada ha afirmado que los familiares tienen derecho a recuperar los restos del desaparecido cuya identificación debe ser clara e indisputable, incluyendo la realización de análisis de ADN, en cuyo caso el Estado debe poner a disposición los recursos forenses y métodos científicos necesarios. Si la clarificación de los hechos no es posible porque el cuerpo no puede ser ubicado debido a que quienes lo enterraron han fallecido, las obligaciones del Estado continúan hasta que pueda presumirse su suerte y el paradero.²² De acuerdo con los principios y directrices en materia de reparación frente a violaciones graves de derechos humanos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006, la reparación debe incluir la restitución, la indemnización, rehabilitación, garantías de no repetición y la satisfacción, que a su vez deberá incluir, entre otras, medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; la ayuda para recuperar los cuerpos, identificarlos y volver a inhumarlos y la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad.²³ Por lo tanto, el derecho a la verdad no se reduce simplemente al acceso a los archivos públicos o a la información en general sino que implica una acción positiva del Estado tendiente a investigar y acumular evidencia sobre los acontecimientos y cuyo esfuerzo requerirá el uso de recursos humanos e inversiones destinadas a tal efecto.²⁴

²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Kurt vs. Turquía, sentencia del 25 de mayo de 1998, para. 113; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Çakici vs. Turquía, sentencia del 8 de julio de 1999, para. 98; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Tas vs. Turquía, sentencia del 14 de noviembre 2000, para. 80, entre otros.

²² Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances, párrafos 5 y 6.

²³ Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006, principio núm. 22.

²⁴ Méndez, Juan y Bariffi, Francisco, "Truth, Right to, International Protection", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

A modo de resumen de este apartado y teniendo en cuenta los instrumentos internacionales de protección, tanto generales como específicos, es posible afirmar que toda investigación debe ser rápida, exhaustiva y los órganos responsables de la misma deben ser independientes. La investigación no se reduce simplemente a la determinación de la responsabilidad penal sino que incluye además, y como consecuencia de la gravedad de la desaparición forzada, la determinación de los hechos y las circunstancias de la desaparición, entre otros aspectos, y en sentido más amplio el ejercicio del derecho a la verdad de los familiares. Por último, las investigaciones deben estar destinadas a ofrecer reparación a las víctimas; de lo contrario, no habría recurso efectivo.²⁵

III. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LAS DESAPARICIONES FORZADAS EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Los tribunales internacionales de derechos humanos han sido llamados a resolver, en repetidas oportunidades, casos relacionados con desapariciones forzadas de personas y han desarrollado su posición sobre la naturaleza y alcance de la obligación de investigar esos delitos. La Corte Interamericana, por ejemplo, ha afirmado que la obligación de investigar es de medios o comportamiento y por lo tanto, no se incumple por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio.²⁶ Pero advierte que debe emprenderse con seriedad, tener un sentido y “ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares”.²⁷ A su vez, se

²⁵ Observación general núm. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, para. 16.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, paras. 176 y 177.

²⁷ Véase por ejemplo las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, para. 177; en el caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, 12 de agosto de 2008, para. 144; en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, fondo,

trata de una obligación que persiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida y el derecho de los familiares de la víctima a conocer el destino de ésta representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con todos los medios a su alcance.²⁸

La investigación de los hechos es una de las medidas *positivas* que el Estado debe tomar para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y, una vez que el hecho es puesto en consideración de las autoridades estatales, debe estar destinada a determinar la verdad de lo acontecido y la persecución y eventual castigo de los responsables.²⁹ Este proceso no puede ser sustituido por un informe o recomendación de un órgano como puede ser una Comisión Nacional³⁰ porque el derecho a la verdad se encuentra “subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”³¹ que reconoce la Convención Americana.

Las investigaciones deben realizarse de manera rápida, independiente e imparcial y un Estado no puede invocar la existencia de una disposición interna para incumplir las obligaciones derivadas de un tratado.³² Por lo tanto, si un Estado impide el acceso a un recurso con fundamento en una ley de amnistía o medida similar, el Estado estaría violando las

reparaciones y costas, para. 233; en el caso Anzualdo Castro vs. Perú, 22 de septiembre de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, para. 123; o en el caso Gelman vs. Uruguay, 24 de febrero de 2011, fondo, para. 184.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, para. 181; caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, para. 145; caso Contreras y otros vs El Salvador, sentencia del 31 de agosto de 2011, fondo, reparaciones y costas, para. 129.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia del 12 de agosto de 2008, para. 144.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, para. 179.

³¹ *Ibidem*, para. 180.

³² Artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

obligaciones derivadas de la Convención Americana. La Corte ha afirmado de manera constante que dichas medidas son incompatibles con la Convención Americana porque, al impedir la investigación y castigo de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos (como son las torturas o las desapariciones forzadas), generan una situación de impunidad y vulneran la obligación del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1), de adaptar su legislación interna a las disposiciones del tratado (artículo 2), de respetar el derecho a un juicio justo (artículo 8.1) y a un recurso efectivo (artículo 25).³³ En opinión de la Corte Interamericana, estas leyes carecen de efectos legales³⁴ y el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de iure*, que mantengan la situación de impunidad.³⁵

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha insistido en varias ocasiones en la necesidad de llevar adelante una investigación y ofrecer un recurso efectivo a las víctimas en casos de violaciones graves de derechos humanos. El Tribunal ha reconocido que los Estados tienen cierto margen de apreciación para decidir la mejor manera de cumplir con las exigencias del recurso efectivo pero que, en cualquier caso, el remedio debía ser efectivo en la práctica y en el derecho y que no debía ser obstaculizado injustificadamente por actos u omisiones de las autoridades del Estado acusado.³⁶ Como lo hiciera la Corte Interamericana, ha afirmado que los crímenes como la tortura no pueden ser objeto de amnistías o perdones³⁷ y que este tipo de medidas son incompatibles

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, para. 41; también en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, para. 110.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, para. 41; también en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, para 131 y en el caso Gomes Lund, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, para. 174.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, para. 212.

³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case of Kurt vs. Turquía, sentencia del 25 de mayo de 1998, paras. 139 y 140. Esto sería repetido en posteriores sentencias, como por ejemplo en el caso Tanis y otros vs. Turquía, sentencia del 2 agosto de 2005, para. 225.

³⁷ "The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an "effective remedy" that criminal

con la obligación de los Estados de investigar las violaciones graves a los derechos humanos.³⁸

En casos de muerte de la persona detenida, el Tribunal Europeo ha afirmado que la obligación de proteger la vida reconocida en el artículo 2o., junto con la de asegurar los derechos y garantías del artículo 1o. del Convenio implicaba que debía existir una investigación oficial efectiva³⁹ y que la falta de una investigación rápida, adecuada y efectiva constituía una violación de la obligación procesal de proteger el derecho a la vida,⁴⁰ aún sin necesidad de denuncia formal.⁴¹ En una sentencia reciente, el Tribunal ha coincidido con la Corte Interamericana y ha afirmado que no se puede dejar el peso de la averiguación de las circunstancias de una desaparición a los familiares,⁴² que la obligación de investigar persiste tanto tiempo como siga sin saberse la suerte o el paradero del desaparecido y que el fracaso continuo en llevar adelante una investigación implica una violación continuada de los derechos de las víctimas.⁴³

A modo de resumen, la jurisprudencia de los tribunales citados permite afirmar que las investigaciones en casos de desaparición forzada de personas deben estar destinadas a proporcionar a las víctimas un recurso rápido y efectivo, e implican la adopción de medidas positivas por parte del Estado destinadas a la determinación de responsabilidades pero también el conocimiento de las circunstancias de la desaparición. Dicha obligación persiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte y el paradero de la persona desaparecida y no puede ser limitada u obstaculizada por la existencia de leyes de amnistía a nivel interno.

proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible". En el mismo sentido se ha expresado en el caso *Abdülsamet Yaman vs. Turkey*, sentencia del 2 de noviembre de 2004, para. 55; caso *Yesil et Sevim vs. Turquie*, sentencia del 5 de junio de 2007; caso *Yeter vs. Turkey*, sentencia del 13 de enero de 2009, para. 70.

³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Ould Dah c. France*, sentencia del 17 de marzo de 2009, p. 17.

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Tas vs. Turquía*, sentencia del 14 de noviembre de 2000, para. 68.

⁴⁰ *Ibidem*, para. 72.

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Seker vs. Turquía*, sentencia del 21 de febrero de 2006, paras. 67 y 69.

⁴² Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Varnava y otros vs. Turquía*, sentencia del 18 de septiembre de 2009, para. 200.

⁴³ *Ibidem*, para. 148.

IV. ESTADO ACTUAL DE LAS INVESTIGACIONES EN ESPAÑA

Hasta aquí hemos visto que el marco jurídico internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos reconocen que la obligación de investigar las desapariciones forzadas de personas es básica en la lucha contra la impunidad que rodea al fenómeno y al mismo tiempo contribuye a la realización del derecho a la verdad de los familiares. Teniendo en cuenta estos antecedentes, analizaremos si España ha investigado o está investigando de manera efectiva las desapariciones forzadas cometidas durante la Guerra Civil y el franquismo.

Durante el proceso transicional español y ante el temor de un resurgimiento de nuevas confrontaciones, la amplia mayoría de los partidos políticos decidió adoptar una ley de amnistía que en la práctica significó la imposibilidad legal de canalizar las reclamaciones de *accountability* por la vía judicial e impidió el ejercicio del derecho a saber de las víctimas y sus familiares.⁴⁴ Así, la transición española se construyó sobre la base de un modelo de impunidad⁴⁵ y olvido porque no hubo juicios contra los responsables del régimen de Franco ni se crearon “comisiones de la verdad” al estilo de las establecidas en Argentina o Sudáfrica que contribuyesen al conocimiento de las violaciones graves a los derechos humanos. Es más, tampoco hubo un censo oficial sobre los desaparecidos y un gran número de personas que murieron siguen sin ser localizadas al día de hoy.⁴⁶ Distintos organismos internacionales, como el Comité contra la Tortura,⁴⁷ el Comité de Derechos Humanos⁴⁸ y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁴⁹ se han mostrado

⁴⁴ Preston, Paul, *La Guerra Civil española*, Random House Mondadori, 2006, p. 24.

⁴⁵ Yeste, Elena, “La transición española. Reconciliación nacional a cambio de desmemoria: el olvido público de la guerra civil”, *Historia Actual Online*, núm. 21, Invierno de 2010, p. 7.

⁴⁶ Informe Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, 28 de julio de 2006, p. 22.

⁴⁷ Observaciones finales del Comité contra la Tortura, ESPAÑA, CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009.

⁴⁸ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, ESPAÑA, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párrafo 9.

⁴⁹ Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation 1736 (2006), Need for international condemnation of the Franco regime.

preocupados por la situación de las personas desaparecidas de aquella época y han elaborado observaciones e informes alentando a España a incrementar las actividades para el esclarecimiento de la suerte de esas personas, la identificación de sus cuerpos y devolución de los restos a sus familiares, y la creación de una comisión de expertos independientes para que restablezca la verdad histórica sobre las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura.

El primer intento de determinación del número de personas sin localizar se produjo el 14 de diciembre de 2006 cuando distintas personas físicas y asociaciones de familiares de desaparecidos y fallecidos durante la Guerra Civil, que desconocían la situación, el lugar de enterramiento y las circunstancias del fallecimiento de sus familiares, presentaron una denuncia ante la Audiencia Nacional en la que solicitaban el reconocimiento de su derecho a saber, a descubrir la verdad sobre lo sucedido y la práctica de todas las diligencias necesarias para localizarlos e identificarlos y, de ser posible, la entrega de sus cuerpos. Los hechos en los que se basaba la denuncia se habrían producido entre el 17 de julio de 1936 y diciembre de 1951 y la lista de personas sobre las que en la actualidad se desconocía su paradero ascendía a 114 266. Estos hechos no habían sido nunca antes investigados, dando lugar a una situación de impunidad frente a unos acontecimientos que el propio Tribunal Supremo de España calificó como crímenes contra la humanidad.⁵⁰ El 16 de octubre de 2008, el juez Garzón hizo lugar a la denuncia y consideró que los hechos constituían un delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse razón del paradero de las víctimas en el marco de crímenes contra la humanidad y que era necesario dar respuesta a la acción iniciada porque seguían existiendo víctimas. Agregó que para hacer cesar la comisión del delito era pertinente buscar y localizar los cuerpos de los desaparecidos u ofrecer razón cierta de su paradero, iniciativa que debían llevar adelante las instituciones nacionales. Posteriormente, Garzón consideró que se había extinguido la responsabilidad penal por fallecimiento y acordó inhibirse a favor de los juzgados territoriales competentes para

PATRICIO GALELLA

⁵⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, p. 26.

la exhumación de las fosas.⁵¹ Estos juzgados han archivado de manera constante las causas relacionadas con desaparecidos de la Guerra Civil sin llevar adelante ningún tipo de diligencia preliminar y así ha sido constatado en un informe del 9 de mayo de 2012 por Amnistía Internacional. Desde la inhibición de la Audiencia Nacional a favor de los juzgados territoriales hasta 2012, Amnistía Internacional ha tenido acceso a información de 21 casos, que corresponden al 45% del total; en 17 de ellos se ha decidido el archivo sistemático de las actuaciones; en los cuatro restantes, la decisión quedó supeditada a una decisión sobre la competencia por parte del Tribunal Supremo.⁵² Por ejemplo, el 16 de junio de 2009, el juzgado de instrucción núm. 1 de Almazán decidió el archivo y sobreseimiento de denuncias relacionadas con desaparecidos durante el franquismo y basó su decisión en la prescripción de la acción, en la existencia de la Ley de Amnistía, en la incompetencia de la jurisdicción penal, en el fallecimiento de los supuestos responsables. Otro ejemplo es el sobreseimiento dictado por el juzgado de instrucción núm. 2 de Aranda de Duero, basado en la prescripción de la acción y la ley de amnistía, o el sobreseimiento dictado por el juzgado de instrucción núm. 7 de Bilbao el 9 de junio de 2009, en el que se afirmó que los delitos estaban prescritos porque se trataba de homicidios y no de delitos permanentes.⁵³

Frente a la ausencia de un recurso efectivo a nivel interno, el 14 de abril de 2010 un grupo de víctimas⁵⁴ y organizaciones de España y Argentina interpusieron una denuncia en este país en ejercicio del principio de jurisdicción universal, que a la fecha sigue su curso. El objetivo de la querrela en Argentina es investigar los crímenes de derecho internacional cometidos en España entre 1936 y 1977. La jueza argentina competente, María Servini de Cubría, solicitó a la Fiscalía General del Estado Español, mediante una comisión rogatoria del 31 de

⁵¹ Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Audiencia Nacional. Madrid, Sumario (Proc. Ordinario) 53 /2008 E, 18 de noviembre de 2008.

⁵² Amnistía Internacional, *Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra civil y el Franquismo en España*, 9 de mayo de 2012, p. 7.

⁵³ Para una cronología de esta situación, véase Amnistía Internacional, *Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo en España*, 9 de mayo de 2012, pp. 7 y ss.

⁵⁴ Severino Rivas Barja, Elías García Holgado, Luis García Holgado y Silvia Carretero Moreno.

marzo de 2011, que se informase si se estaban investigando en España las desapariciones producidas durante el franquismo. La Fiscalía General del Estado respondió el 6 de mayo de 2011 e informó que en España se habían y se estaban tramitando procedimientos judiciales relativos a hechos cometidos durante la Guerra Civil y la dictadura tanto referidos a la eliminación de los opositores políticos como de la desaparición de menores durante el periodo señalado en la comisión rogatoria. La Fiscalía informó también que varios juzgados territoriales habían iniciado investigaciones sobre hechos cometidos en su ámbito territorial y que dichos procesos habían concluido ya con resoluciones de archivo de las mismas, sea por la falta de indicios suficientes o por la extinción de la responsabilidad penal de los presuntos autores, debido a su fallecimiento o por haber prescrito. Por último, la Fiscalía citó también como ejemplo de investigaciones sobre los hechos la iniciada por Garzón,⁵⁵ quien paradójicamente estaba siendo enjuiciado por prevaricato al haber aceptado la denuncia de las asociaciones de memoria histórica presentada en 2006.

La situación de indefensión de los familiares a nivel interno se ha profundizado con la sentencia del Tribunal Supremo en el caso por prevaricato contra Garzón porque el Tribunal ha cerrado definitivamente la vía penal para canalizar las reclamaciones de los familiares de los desaparecidos.⁵⁶ En primer lugar, el Tribunal afirmó que los delitos relacionados con los desaparecidos del régimen franquista no podían ser juzgados porque se afectaría el principio de legalidad, porque estaban prescriptos y porque existía sobre ellos una ley de amnistía. En segundo lugar, el Supremo sostuvo que el proceso penal no era el medio idóneo para ejercitar el derecho a la verdad y que las víctimas debían dirigirse a las autoridades competentes. En una sentencia posterior mencionó que los familiares podrían recurrir a la Ley de Enjuiciamiento Civil que reconoce la jurisdicción voluntaria y las informaciones de perpetua memoria

⁵⁵ Fiscalía General del Estado, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Nota verbal a la Embajada de la República Argentina en Madrid, Referencia 129118-CR-10, 22 de marzo de 2012.

⁵⁶ Rights International Spain, Posición del Tribunal Supremo sobre la cuestión de competencia: consecuencias prácticas, *Rights International Spain, Análisis Jurídicos GCyF*, núm. 1, mayo de 2012, p. 1.

cuando se refieran a hechos de reconocida importancia. Otra de las alternativas mencionadas por el Supremo fue la Ley 20/2011 de Registro Civil que en su disposición adicional octava dispone la inscripción de la defunción de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la represión política posterior, siempre que pueda inferirse razonablemente su fallecimiento.⁵⁷

Desde el punto de vista del derecho internacional, la sentencia del Supremo puede ser objeto de varias críticas: en primer lugar, si bien el acceso a las jurisdicciones civiles mencionadas por el órgano jurisdiccional podría significar un reconocimiento a las víctimas y sus familiares en términos económicos, difícilmente pueden ser consideradas como reparación integral en el sentido del derecho internacional, porque los derechos de las víctimas de desapariciones forzadas no se reducen a una compensación económica sino que deben, en la medida de lo posible, incluir la restitución, rehabilitación, garantías de no repetición y en especial la satisfacción, que a su vez deberá incluir la ayuda para recuperar los cuerpos, identificarlos y volver a inhumarlos y la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad.⁵⁸

En segundo lugar, algunos autores coinciden con el Tribunal Supremo sobre la imposibilidad interna de recurrir al procedimiento penal para conocer la verdad de lo sucedido porque existiría una ausencia de objeto procesal derivada del fallecimiento de los responsables⁵⁹ y además, porque los delitos fueron amnistiados en 1977⁶⁰ mediante una ley aprobada democráticamente. Pastor defiende que el proceso penal tiene como objeto principal la declaración de culpabilidad de los responsables y no la determinación de la verdad histórica, que es una rama destinada

⁵⁷ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Auto resolviendo cuestión de competencia, 28 de marzo de 2012, recurso número 20380/2009.

⁵⁸ Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006, principio núm. 22.

⁵⁹ Tamarit, Josep, "Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español", *Política Criminal*, vol. 7, núm. 13, julio de 2012, pp. 74-93, pp. 88 y 89.

⁶⁰ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 114 y 115.

a los historiadores, quienes poseen las herramientas más adecuadas que las que dispone un juez.⁶¹

En nuestra opinión, sin embargo, aún si aceptásemos que no puede haber objeto procesal al haber fallecido los responsables de los crímenes del franquismo y por lo tanto no haber posibilidad de obtener una condena, esto no impide el legítimo derecho de los familiares de las personas desaparecidas a saber la verdad sobre lo acontecido, un derecho que debe ser satisfecho por el Estado a través de todas sus autoridades. Méndez sostiene que la tarea de revelar la verdad sobre lo sucedido en un contexto de violaciones a los derechos humanos corresponde al Poder Ejecutivo, debido a que la mayoría de los archivos se encontrarán en su poder, pero que no debe descartarse la acción del Poder Judicial, como sucedió en los juicios por la verdad en Argentina.⁶² Manfred Nowak va aún más lejos al afirmar que en casos de desaparición forzada de personas, el Estado tiene la obligación de realizar una investigación exhaustiva, incluida la exhumación, para establecer la suerte y el paradero de la persona desaparecida y esto puede lograrse a través de la realización de investigaciones penales ordinarias, comisiones de la verdad u otros mecanismos.⁶³

Si no hay otros mecanismos disponibles, el Estado viola no sólo su deber general de asegurar el respeto de los derechos humanos sino además

⁶¹ Pastor, Daniel, *¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?: la experiencia argentina*, *Jueces para la Democracia*, vol. 59, 2007, pp. 95-127.

⁶² Méndez, Juan, "The Right to Truth", en Joyner, Christopher (ed.), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Toulouse, Proceedings of the Siracusa Conference, Erès, 1998, pp. 255-278, 270 y ss. Para un análisis sobre la naturaleza de los denominados juicios de la verdad véase Maculan, Elena, "Prosecuting International Crimes at National Level: Lessons from the Argentine «Truth-Finding Trials»", *Utrecht Law Review*, vol. 8, Issue 1, enero de 2012, pp. 106-121.

⁶³ Comisión de Derechos Humanos, 58o. periodo de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, para. 88. En el mismo sentido Chinchón Álvarez, Javier, *La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado*, pp. 26-50, p. 28, en Ripol Carulla, Santiago y Villán Durán, Carlos (dirs.), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Catalá Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244.

el derecho de las víctimas a un recurso efectivo.⁶⁴ Este derecho también se ve afectado cuando una ley de amnistía protege a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos, como son las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales⁶⁵ e impide el acceso a las jurisdicciones nacionales.

A pesar de las obligaciones derivadas del derecho internacional en materia de desaparición forzada, la práctica judicial en España muestra que los argumentos del Tribunal Supremo han sido citados de manera recurrente por los juzgados territoriales como fundamento para archivar las causas relacionadas con desaparecidos de la Guerra Civil. Diversas asociaciones para la recuperación de la memoria histórica han presentado denuncias ante estos juzgados cuando, luego de abrir una fosa, han encontrado restos humanos con signos de muerte violenta. Sin embargo, los jueces no se han acercado para identificarlos ni datarlos.⁶⁶ Por ejemplo, en el caso de las Arenas de San Pedro el juez de instrucción señaló que no podía incoarse el proceso porque no existía objeto procesal y además porque los hechos delictivos mencionados (el fusilamiento de su padre el 21 de septiembre de 1936) estaban prescritos. El juez señaló que los hechos carecían de ilicitud penal y por lo tanto procedía el archivo inmediato de la causa.⁶⁷ Otro caso similar es el auto del juzgado de primera instancia núm. 2 de San Lorenzo del Escorial en el que se resolvió el sobreseimiento libre de las actuaciones al considerar que los hechos denunciados no eran constitutivos de delitos. El juez argumentó

⁶⁴ Aldana-Pindell, Raquel, "In Vindication of Justiciable Victims. Rights to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, núm. 5, noviembre de 2002, pp. 1399-1501, 1425.

⁶⁵ Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights, Preliminary Report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur, U.N. Commission on Human Rights (Provisional Agenda Item 9(a)), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/16, 1985, página 17. En el mismo sentido se ha expresado Roht-Arriaza para quien en estos casos la leyes de amnistía internas no encuentran justificación política ni jurídica. Roht-Arriaza, Naomi, "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law", *California Law Review*, vol. 78, 1990, pp. 449-514, 485.

⁶⁶ Junquera, Natalia, Cortés, Valme, "Ningún juez quiere abrir la fosa de García Lorca... ni ninguna otra", *El País*, 19 de septiembre de 2012.

⁶⁷ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2, Arenas de San Pedro, Diligencias Previas procedimiento abreviado 0000343/2012, 16 de abril de 2012, Denunciante: Fernando de León González, María Martín López.

que los hechos estaban prescritos, que no se podía vulnerar el principio de legalidad ni el de irretroactividad de las normas penales y que los delitos estaban amnistiados.⁶⁸ Similares argumentaciones realizó el juzgado de instrucción núm. 13 de Málaga para determinar la extinción de la responsabilidad penal y el archivo de la causa en su auto del 6 de junio de 2012.⁶⁹ En agosto de 2012, el juzgado de instrucción núm. 3 de Granada sobreseyó la causa sobre la base de los principios de legalidad y prescripción y en la ley de amnistía. El juez señaló que la recuperación de los restos de las personas desaparecidas debía ser llevada a cabo por la administración pública, con independencia de la causa judicial y que de la Ley de Memoria Histórica se desprende que el levantamiento de fosas corresponde a la administración pública y no al Poder Judicial.⁷⁰

El apartado siguiente está dedicado justamente a analizar la Ley de Memoria Histórica y su compatibilidad con el derecho internacional.

V. LA INSUFICIENCIA DE LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

La “Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura”,⁷¹ conocida como Ley de Memoria Histórica, ha sido citada por los juzgados territoriales como uno de los medios para canalizar las reclamaciones de los familiares de los desaparecidos, fue aprobada por el Congreso de los Diputados el 26 de diciembre de

⁶⁸ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1, San Lorenzo de El Escorial, Diligencias Previa procedimiento abreviado 427/2009, Denunciante: Audiencia Nacional, 8 de mayo de 2012.

⁶⁹ Juzgado de instrucción núm. 13, Málaga, Diligencias Previa 42888/2009, 6 de junio de 2012.

⁷⁰ Juzgado de Instrucción núm. 3, Granada, Diligencias Previa 7630/2012, 20 de agosto de 2012, Denunciante: Asociación para la Memoria Histórica.

⁷¹ Ley 5/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, disponible en <http://ley memoria.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/LeyMemoria/es/ley-de-la-memoria-historica->.

2007. Su objetivo es mejorar los derechos de las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura franquista a través de la concesión de reconocimientos personales y extensión de ciertos beneficios económicos. En su artículo 11, la ley reconoce, por un lado, la existencia de personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil y la posterior dictadura y cuyo paradero sigue desconocido, y por el otro, el derecho de los familiares y allegados a localizar, identificar y, de ser posible, recuperar los restos de sus seres queridos. En virtud de la ley, el Estado tiene el deber de *facilitar* a los descendientes directos de las víctimas que lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y el franquismo.

Durante los debates parlamentarios, este artículo recibió fuertes críticas por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque reduce los legitimados activos a los descendientes directos que así lo soliciten y a las entidades constituidas antes del 1o. de junio de 2004 que incluyan el desarrollo de tales actividades entre sus fines; en segundo lugar, y más preocupante aún, es que en virtud de dicho artículo, el Estado sólo asume un papel de actor secundario, al adquirir solamente la obligación de facilitar los procesos de indagación, exhumación de fosas e identificación de las personas.⁷² De esta manera, el legislador transfiere el peso de estas tareas a los particulares, como si se tratase de una cuestión privada, incluido, por ejemplo, el costo de los análisis de ADN, quienes por regla general carecen de los medios, la tecnología y experiencia para realizar estos análisis, con la consecuente imposibilidad material de identificar fehacientemente los restos de sus familiares.⁷³

Los obstáculos para los familiares no terminan aquí sino que vuelven a aparecer a medida que se avanza en el articulado de la Ley de Memoria Histórica. En su artículo 13 (3), la ley dispone que las exhumaciones estarán supeditadas a autorización de la autoridad administrativa competente, por lo que podría darse el caso de que alguna autoridad se opusiera a la localización y exhumación de los restos (o de modo más general, a la realización de diligencias) o como ha ocurrido re-

⁷² El detalle de los debates puede encontrarse en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 14 de diciembre de 2006, núm. 22, pp. 11256 y ss.

⁷³ Urdillo, Ursula, "Impunity for enforced disappearances in contemporary Spain. The Spanish Search for Truth", *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 6, 2011-2012, p. 54.

cientemente, que el propietario de un terreno en el que se encuentren fosas comunes exija dinero para autorizar la exhumación,⁷⁴ situación de hecho contemplada en el artículo 14(3) de la ley en cuya situación los legitimados activos (descendientes directos y entidades con ese fin) deberán cargar también con el coste de la indemnización por ocupación temporal del terreno del propietario. En su defecto, no podrá realizarse la exhumación.

Como no podía ser de otra manera, la doctrina española ha criticado la Ley de Memoria Histórica por varios motivos: en primer lugar, porque no ha reflejado las exigencias internacionales en materia de localización y exhumación ni tampoco aquellas que imponen al Estado la obligación de llevar adelante una investigación efectiva de las desapariciones forzadas de personas,⁷⁵ en segundo lugar, porque renuncia a una investigación oficial y mantiene la regla de la impunidad y de la no investigación,⁷⁶ y en tercer lugar, porque una interpretación literal del artículo 11 limitaría la acción estatal a un rol de coadyuvante dependiente exclusivamente del impulso por parte de los particulares, como si se tratase de relaciones entre particulares.⁷⁷ Y esto contradice lo establecido en el artículo 12(2) de la Convención Internacional de 2006 (de la que España es parte) que dispone que cuando haya indicios de producción de una desaparición forzada, el Estado tiene la obligación de iniciar investigaciones, aún en ausencia de denuncia formal. Para mayor abundamiento, y como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un Estado no puede dejar el peso de la averiguación de las circunstancias de una desaparición a los familiares porque podía ser

PATRICIO GALELLA

⁷⁴ Junquera, Natalia, “Puede exhumar a los fusilados, pero le costará 1.600 euros”, *El País*, 16 de agosto de 2012.

⁷⁵ Zapico Barbeito, Mónica, “Investigating the Crimes of the Franco Regime: Legal Possibilities, Obligations of the Spanish State and Duties Towards the Victims”, *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 243-274, 266.

⁷⁶ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, p. 76.

⁷⁷ Chinchón Álvarez, Javier, “La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado”, en Ripol Carulla, Santiago y Villán Durán, Carlos (dirs.), *Justicia de transición: el caso de España, Resultats de Recerca 2/2012*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2012, pp. 244

considerado como un incumplimiento flagrante y continuado de la obligación de informar sobre la suerte de la persona desaparecida.⁷⁸

Por último, el estado de situación a nivel interno no estaría completo si dejáramos de mencionar que, en la práctica, la Ley de Memoria Histórica ha reducido la obligación del Estado a la simple concesión de subvenciones a los familiares y asociaciones de recuperación de la memoria histórica para las actividades de localización y exhumación de fosas. Esta situación ha empeorado con la profunda crisis económica que atraviesa España y ha conducido a que el gobierno español haya suprimido la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, que había sido creada en aplicación de la Ley de Memoria Histórica,⁷⁹ reducido la partida de los Presupuestos del Estado destinada a estas actividades para el año 2012 y suprimido en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

Así las cosas, los familiares de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil no sólo carecen de un recurso efectivo a nivel judicial sino que la ley destinada a paliar la situación de los familiares de los desaparecidos no cuenta con los medios adecuados para ello. Frente a esta situación a nivel nacional, ¿es viable una demanda ante el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos? Como aclaración, en el apartado siguiente me referiré exclusivamente al acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero merece señalarse que los familiares podrían, eventualmente, acudir a los órganos de control de los instrumentos de derechos humanos, como son el Comité de Derechos Humanos⁸⁰ y el Comité contra la Desaparición Forzada,⁸¹ aunque estos órganos no tienen la posibilidad de dictar sentencias en sentido estricto sino dictámenes que carecen de la obligatoriedad de una sentencia del Tribunal Europeo.

⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava vs. Turquía, sentencia del 18 de septiembre de 2009, paras. 200 y 201; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs. Rusia, sentencia del 16 de abril 2012, para. 151.

⁷⁹ El Gobierno suprime la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, *El Mundo*, 2 de marzo de 2012.

⁸⁰ Creado en aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

⁸¹ Creado en aplicación de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, París, 20 de diciembre de 2006.

VI. ¿RECURRIR AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?

Como principio general, los tratados obligan a los Estados que los han ratificado para hechos, actos o situaciones producidos con posterioridad a su entrada en vigor.⁸² La justificación que subyace a este principio es el de la certeza o seguridad legal⁸³ porque la irretroactividad sobre la aplicación temporal de un tratado evita la incertidumbre o al menos la reduce.⁸⁴ La Convención de Viena establece una presunción de irretroactividad⁸⁵ y para que sea aplicable, tanto los hechos, como los actos y las situaciones deben haberse completado antes de la entrada en vigor del tratado.⁸⁶

La situación deja de ser tan evidente cuando estamos en presencia de violaciones continuadas a los derechos humanos, como son las desapariciones forzadas de personas, que afectan tanto al desaparecido como a sus familiares. Este carácter continuado tiene consecuencias en el derecho internacional, y en especial sobre la aplicación del principio de la irretroactividad en el derecho de los tratados, en la prescripción de la acción y en el derecho penal.⁸⁷ Es pertinente señalar que tanto la Declaración de 1992,⁸⁸ la Convención Interamericana de 1994,⁸⁹ el Anteproyecto de

⁸² Artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

⁸³ Orihuela Calatayud, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 22.

⁸⁴ Weyler, E., "Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 95, 2001, pp. 881-914, 896.

⁸⁵ Remiro Brótons, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 379.

⁸⁶ Buyse, Antoine, "A Lifeline in Time-Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR", *Nordic Journal of International Law*, vol. 75, 2006, pp. 63-88, 72.

⁸⁷ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>.

⁸⁸ Artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Asamblea General de las Naciones Unidas, UN Doc. 47/133 de 18 de diciembre 1992.

⁸⁹ Artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Belén, 9 de junio de 1994.

1998⁹⁰ e indirectamente la Convención Internacional de 2006⁹¹ reconocen el carácter permanente de la desaparición forzada mientras no se establezca la suerte o el paradero de la persona desaparecida y la obligación de investigarlas hasta que no se esclarezcan los hechos.

El Tribunal Europeo ha reconocido la naturaleza permanente de las desapariciones forzadas, sus efectos sobre la obligación de investigarlas y la posibilidad de extender su competencia *ratione temporis* para hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Convenio pero cuya continuidad implique una violación actual del Convenio. En el caso *Varnava vs. Turquía*, relacionado con la desaparición de 14 ciudadanos chipriotas luego de su detención por el ejército de Turquía en 1974, la Gran Sala señaló que la desaparición de personas es un fenómeno que se caracteriza por una *situación continuada de incertidumbre e irresponsabilidad* en la que existe una falta de información o incluso una intención deliberada de ocultar lo que ha ocurrido. Es una situación que continúa en el tiempo prolongando el sufrimiento de los familiares del desaparecido y que la obligación de investigar persistía tanto tiempo como siga sin saberse la suerte o el paradero del desaparecido y el fracaso continuo en llevar adelante una investigación se considerará como una violación continuada, aun cuando la muerte del desaparecido pudiese presumirse, dando lugar a una violación del artículo 3o. (prohibición trato inhumano) en perjuicio de los familiares, derivada de la ausencia de información e investigación de las autoridades.⁹² La Gran Sala recordó que el Convenio Europeo no era aplicable a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor⁹³ pero afirmó

⁹⁰ Artículo 5o. del Anteproyecto de la Comisión de Derechos Humanos de 1998.

⁹¹ Artículo 24 (6) de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, París, 20 de diciembre de 2006.

⁹² *Ibidem*, para. 148. Similares desarrollos encontramos en las decisiones del Comité de Derechos Humanos en los casos *Human Rights Committee, Norma Yurich vs. Chile*, Communication No. 1078/2002, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002 (2005) y *Human Rights Committee, Sarma v. Sri Lanka*, Communication No. 950/2000, 16 July 2003, CCPR/C/78/D/950/2000.

⁹³ Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Varnava and Others vs. Turquía*, sentencia del 18 de septiembre de 2009, para. 133. Turquía había ratificado el Convenio Europeo el 18 de mayo de 1954, aceptado el derecho de petición individual el 28 de enero de 1987 y la jurisdicción de la Corte el 22 de enero de 1990. El protocolo 11 entró en vigor el 11 de enero de 1998. Turquía, además, había limitado la aceptación de petición individual a los hechos cometidos con posterioridad a dicha declaración.

que la vertiente procesal de la obligación de llevar adelante una investigación sobre las causas de la muerte de una persona había evolucionado hacia un derecho autónomo y que dicha obligación era separable y capaz de obligar al Estado, *aun cuando la muerte se hubiese producido antes de la entrada en vigor del Convenio*.⁹⁴

En un caso posterior, el Tribunal Europeo tuvo oportunidad de decidir sobre hechos que ocurrieron incluso antes de la redacción del Convenio Europeo, planteando problemas de competencia *ratione temporis*. Los hechos están relacionados con la masacre de Katyn, en la que en 1940 fueron ejecutados y enterrados en fosas comunes cientos de oficiales polacos, sin dar razón de su paradero a los familiares. Las autoridades rusas, a pesar de reconocer su responsabilidad en la década de los noventa, obstaculizaron las peticiones de información de los familiares durante mucho tiempo, quienes decidieron presentar una denuncia ante el sistema europeo. En su sentencia, el Tribunal rechazó la petición de los denunciantes respecto de la violación del derecho a proteger la vida de las personas porque los familiares no habían demostrado la existencia de una conexión genuina entre la muerte de las víctimas y la entrada en vigor del Convenio⁹⁵ y por lo tanto no se consideró competente. Sin embargo, y he aquí lo interesante, afirmó que las actitudes reticentes e incluso desdeñosas del gobierno ruso frente a las reclamaciones de los familiares constituían un trato inhumano hacia ellos y que el Estado ruso estaba obligado a pagarles una compensación económica. En su opinión, la violación de los derechos humanos no radicaba en la desaparición en sí, sino en las actitudes del Estado una vez que la situación había sido puesta en su conocimiento, aún si la violación sustantiva (la desaparición) se había producido en 1940. El Tribunal concluyó que no se podía dejar el peso de la averiguación de las circunstancias de una desaparición a los familiares.⁹⁶

¿Podrían aplicarse estos desarrollos a los desaparecidos en España durante la Guerra Civil? Es pertinente recordar que las desapariciones for-

⁹⁴ Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Varnava and Others vs. Turquía*, sentencia del 18 de septiembre de 2009, para. 138.

⁹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Janowiec vs. Rusia*, sentencia del 16 de abril de 2012, para. 132.

⁹⁶ *Ibidem*, para. 151.

zadas en España se produjeron fundamentalmente entre 1936 y 1939, y que España ratificó el Convenio Europeo de Derechos Humanos el 4 de octubre de 1979,⁹⁷ es decir, 40 años después de haberse producido los hechos. Por lo tanto, el Tribunal carecería de competencia temporal para entender sobre estos casos. Sin embargo, ante la ausencia de un recurso efectivo a nivel interno y la vulneración *actual* de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo derivada de una situación de indefensión a nivel nacional, las sentencias mencionadas podrían arrojar alguna luz de esperanza, aunque limitada, para las potenciales reclamaciones de familiares de desaparecidos de la Guerra Civil española. Este relativo optimismo debe ser asumido, sin embargo, con mucha cautela, en especial si tenemos en cuenta la inadmisión del Tribunal Europeo de las demandas en los casos *Dorado Luque vs. España* y *Canales Bermejo vs. España* por hechos cometidos durante aquella época en España. El primer caso fue presentado el 1o. de junio de 2009, por Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz en relación con la desaparición del señor Dorado Luque el 18 de julio de 1936, fecha en la que había sido detenido por fuerzas militares mientras se dirigía desde Madrid a Málaga. El señor Dorado Luque era miembro del Congreso español y pertenecía al Partido Socialista. Desde esa fecha y hasta el momento de la presentación de la demanda, los familiares no habían tenido información sobre su suerte. El detenido, junto con otras personas, habría sido transferido al cuartel de San Rafael en Córdoba hasta, al menos, el 28 de julio porque su firma aparece en un acta como testigo de la muerte de otro detenido en ese cuartel.⁹⁸

A principios de agosto de ese año fue descubierto el cuerpo de una persona que contenía en sus bolsillos el documento de identidad del señor Dorado Luque; el juez en lo civil determinó, sin embargo, que la evidencia era insuficiente para concluir que se trataba del señor Dorado Luque y decidió registrar el cuerpo como de persona desconocida. En 1979, los demandantes participaron en el proceso iniciado por la esposa del señor Dorado Luque en la que solicitaba un reconocimiento oficial

⁹⁷ Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs. Spain*, decisión del 27 de marzo de 2012, para. 4.

de la desaparición de su marido y la concesión de una pensión, que fue finalmente otorgada en 1993 y en la que un juez determinó que el señor Dorado Luque había fallecido el 30 de julio de 1936.⁹⁹

El 22 de mayo de 2006, Carmen Dorado Ortiz presentó una denuncia penal ante el juzgado de instrucción número 2 de Córdoba como consecuencia del secuestro y muerte del señor Dorado Luque en 1936 en el marco de crímenes contra la humanidad. El juez, sin embargo, señaló que el delito estaba prescrito y que la consideración como crímenes contra la humanidad sólo podía aplicarse a partir de 2003, fecha en la que la figura había sido incluida en el código penal español y por lo tanto no podía aplicarse retroactivamente. La Audiencia provincial confirmó la decisión del juez de instrucción y señaló que el sistema constitucional español impedía la investigación de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y que esto sólo podía abrir viejas heridas. El Tribunal Constitucional, declaró inadmisibile la cuestión el 14 de abril de 2008 y el 2 de diciembre de 2008 lo hizo la Audiencia Nacional.¹⁰⁰

El 3 de octubre de 2008, los demandantes contrataron los servicios de un forense para llevar adelante exhumaciones en una fosa común en Córdoba; recibieron para ello una subvención del gobierno de España, en cumplimiento de la Ley de Memoria Histórica de 2007; sin embargo, el Consejo Municipal de Córdoba decidió suspender las exhumaciones; en 2009, el gobierno rechazó la petición de nuevos fondos para continuar con las exhumaciones. Frente a esta situación, los demandantes decidieron acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y solicitaron que el Estado fuese declarado responsable por la violación del artículo 2o. del Convenio Europeo en perjuicio del señor Dorado Luque, porque su muerte había resultado de una detención no reconocida por el Estado. Los denunciantes reconocieron que la muerte se había producido antes de la entrada en vigor del Convenio para España pero que el artículo 2o. tenía un aspecto procesal que podría incluso aplicarse a aquellos casos que hubiesen ocurrido antes de la entrada en vigor. Argumentaron que la ley de amnistía impedía el ejercicio de cualquier tipo de actividad procesal y que aquellas que se habían iniciado con posteriori-

⁹⁹ *Ibidem*, para. 6.

¹⁰⁰ *Ibidem*, paras. 10 y ss.

dad a la entrada en vigor del Convenio caían dentro de la competencia *ratione temporis* del Tribunal.¹⁰¹ Por último, los demandantes afirmaron también que España había incurrido en violación del artículo 3o. del Convenio, porque la ausencia de investigación oficial sobre el paradero de su familiar los había sumido en una situación de angustia continuada que equivalía a un trato inhumano y que además el Estado no les había otorgado la posibilidad de ejercer un recurso efectivo al bloquear las investigaciones.¹⁰²

En su decisión sobre la admisibilidad de la demanda, el Tribunal recordó que las disposiciones de los tratados no obligan a los Estados respecto de actos, omisiones o situaciones que hayan dejado de existir antes de la entrada en vigor del tratado pero señaló que el Tribunal podría tener algún tipo de margen respecto de hechos ocurridos antes de la entrada en vigor y como consecuencia de su relación causal con hechos posteriores que constituyesen la base de la denuncia.¹⁰³ El Tribunal recordó que la obligación procesal de llevar adelante una investigación permanecía durante todo el periodo en el que las autoridades puedan razonablemente tomar las medidas para dilucidar las circunstancias.¹⁰⁴ Sin embargo, afirmó que la obligación procesal respecto de casos ocurridos antes de la entrada en vigor del Convenio no era ilimitada, y que sólo se pueden analizar los actos u omisiones posteriores a la fecha de entrada en vigor y además tiene que existir una conexión genuina entre la muerte y la entrada en vigor. En vista del tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos, el Tribunal afirmó que no existía una conexión genuina en este sentido.¹⁰⁵

El Tribunal agregó que aún si considerásemos el caso como uno de desaparición y la violación del artículo 2o. fuese de carácter continuado, la denuncia era inadmisibles porque no era posible esperar indefinidamente a que los familiares decidan presentar la denuncia ante el Tribunal. El Tribunal tomó en consideración las dificultades existentes

¹⁰¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, decisión del 27 de marzo de 2012, para. 26.

¹⁰² *Ibidem*, paras. 27-29.

¹⁰³ *Ibidem*, para. 32.

¹⁰⁴ *Ibidem*, para. 34.

¹⁰⁵ *Ibidem*, para. 35.

a nivel nacional tanto durante como después de la caída del régimen de Franco y en especial la ley de amnistía, pero aún así afirmó que esta situación no excluía a los familiares de su deber de actuar diligentemente y llevar el caso al Tribunal sin retrasos indebidos. Los familiares, en su opinión, debían haber interpretado con el paso de los años que no habría ningún tipo de investigación sobre la suerte de los desaparecidos; por lo tanto, concluyó que no habían actuado diligentemente porque sólo en 2006 habían presentado una denuncia penal en el ámbito nacional y ante el Tribunal en 2009, es decir, 28 años desde que el derecho de petición individual fue aplicable en España.¹⁰⁶ En consecuencia, rechazó la demanda por extemporánea.

Esta decisión es un duro golpe para las expectativas de los futuros demandantes. Sin embargo, es también una oportunidad para que otras víctimas presenten nuevas demandas y demuestren, en la medida de lo posible, que han tenido una actividad diligente en la búsqueda de reparaciones o reconocimiento a nivel nacional y pongan de manifiesto la imposibilidad de ejercer los recursos durante la dictadura de Franco, el obstáculo infranqueable de la ley de amnistía, la pérdida de expectativas luego de la aprobación de la Ley de Memoria Histórica por no haber recogido ésta las obligaciones que el propio Estado ha asumido al ratificar la Convención Internacional de 2006, y por último, el proceso contra Garzón por prevaricato.

Estas argumentaciones, entre otras, han sido desarrolladas en una nueva demanda presentada por Fausto Canales ante el Tribunal Europeo relacionada con la desaparición forzada de Valerico Canales, ocurrida el 20 de agosto de 1936. El demandante solicitó que el Tribunal declarase la responsabilidad internacional de España derivada de la violación continuada de llevar adelante una investigación efectiva sobre la desaparición de su padre y que la decisión del Tribunal Supremo en el caso Garzón constituía un hecho nuevo que cerraba definitivamente la vía interna para la investigación, sanción y reparación de las desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil.¹⁰⁷ El demandante solicitaba que el Tribunal Europeo determinase la falta de investigación del Estado

¹⁰⁶ *Ibidem*, para. 39.

¹⁰⁷ Demanda Fausto Canales Bermejo vs. Reino de España, paras. 5 y 6, en http://ris.hra-head.org/casos_/casos-de-ris/caso-canales-bermejo-c-espana-tedh.

español porque en caso contrario desaparecería toda posibilidad de obtener reparación por las violaciones de derechos humanos al no existir otros mecanismos efectivos a su disposición. La demanda estaba relacionada principalmente con la situación posterior a la entrada en vigor del Convenio para España el 4 de octubre de 1979, como consecuencia del incumplimiento continuado de la obligación del Estado español de explicar la suerte o paradero del padre del demandante a través de una investigación judicial efectiva.¹⁰⁸ Solicitó, entre otras pretensiones, que se lo declarase víctima de un trato inhumano (artículo 3o. del Convenio) como consecuencia de vivir en una prolongada angustia derivada de la actitud desdenosa de las autoridades españolas¹⁰⁹ y que el Estado español realizase una investigación efectiva para determinar la suerte y el paradero de su padre (artículo 13 del Convenio). El Tribunal, sin embargo, volvió a inadmitir la demanda. La decisión ha sido criticada por injusta al no haber sido motivada, tal y como establece el artículo 45 del Convenio Europeo¹¹⁰ y además porque la estricta interpretación del Convenio Europeo coloca al denunciante en una situación de desigualdad frente al Estado, al exigirle sólo al individuo la demostración de debida diligencia.¹¹¹

Aunque algunos autores sostienen que es razonable esperar que ninguna víctima española obtendrá reparación a través del Tribunal Europeo,¹¹² creemos que no es posible tampoco rechazar de plano la competencia del Tribunal Europeo. No es una tarea fácil y los familiares deberán demostrar fehacientemente que impulsaron actividades procesales desde la entrada en vigor del Convenio Europeo, que actuaron con diligencia, que sus esfuerzos han sido infructuosos y que han obtenido siempre el mismo resultado: la imposibilidad de investigar con la consiguiente incertidumbre continua sobre la suerte de sus desaparecidos,

¹⁰⁸ *Ibidem*, para. 190.

¹⁰⁹ *Ibidem*, para. 240.

¹¹⁰ Moreno Pérez, Alicia y Chinchón Álvarez, Javier, "La decisión del TEDH en el asunto Canales Bermejo c. España: Una sombra definitiva", *Rights International Spain, Análisis Jurídicos GCyF*, diciembre de 2012.

¹¹¹ Vicente Márquez, Lydia y Melón, Mercedes, Decisión desprovista de Justicia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 14 de diciembre de 2012, www.IJCentral.org.

¹¹² Moreno Pérez, Alicia y Chinchón Álvarez, Javier, "La decisión del TEDH en el asunto Canales Bermejo c. España: una sombra definitiva", *Rights International Spain, Análisis Jurídicos GCyF*, diciembre de 2012.

siendo víctimas de una situación permanente de injusticia. Aún si demostrasen estas condiciones, no hay certeza de que el Tribunal admitirá a trámite la demanda.

VII. CONCLUSIONES

La sentencia absolutoria del Tribunal Supremo de España contra Garzón ha puesto a los familiares de las personas desaparecidas durante el franquismo en un estado de indefensión e injusticia que perdura hasta nuestros días, cerrando definitivamente la vía judicial interna para la investigación, sanción y reparación de las desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil. Esto se ha visto corroborado por las decisiones de archivo de los juzgados competentes respecto de causas relacionadas con desaparecidos. A su vez, la Ley de Memoria Histórica es insuficiente porque sólo reconoce la obligación del Estado de facilitar a los familiares las tareas de localización e identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y el franquismo, requiriendo siempre de una iniciativa privada. Esta situación ubica a las víctimas en un estado de indefensión permanente a nivel nacional y es incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de investigación y reparación, que incluyen no sólo el castigo de los responsables sino también el reconocimiento del derecho a la verdad y la entrega de los restos para su digna sepultura.

Una respuesta adecuada del gobierno de España incluiría, en primer lugar, la promoción de actividades judiciales destinadas al esclarecimiento de la suerte de las personas, la identificación de sus cuerpos y devolución de los restos a sus familiares. De esta manera, los familiares podrían ejercer el duelo y el Estado cumplir con las obligaciones derivadas del derecho internacional. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, España debería crear una comisión de expertos que restablezca la verdad histórica sobre las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y que genere un mayor conocimiento de los errores del pasado.

Sin embargo, la realidad indica que, al menos en el corto plazo, estas iniciativas a nivel nacional no se producirán y los familiares de las personas desaparecidas tendrán que buscar alternativas en los foros internacionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podría ofrecer alguna vía de escape a los familiares porque en sus sentencias ha reconocido excepcionalmente su competencia respecto de hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Convenio para el Estado, siempre que la violación continúe luego de dicha fecha crítica. En sus demandas, los familiares deberán demostrar que impulsaron actividades procesales desde la entrada en vigor del Convenio Europeo, que sus esfuerzos han sido infructuosos y que son víctimas de una situación permanente de injusticia y de un trato inhumano. Aún así, la admisión de la demanda no está asegurada. Pero, si, hipotéticamente, el Tribunal la admitiese, podría determinar un incumplimiento por parte de España de su obligación de ofrecer un recurso efectivo y los familiares de los desaparecidos podrían obtener un reconocimiento de sus derechos e instar, indirectamente, a las autoridades españolas a llevar adelante una investigación oficial sobre la suerte y el paradero de los desaparecidos del franquismo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- AKANDIJ-KOMBE, Jean-François, “Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights. A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Handbooks*, núm. 7.
- ALDANA-PINDELL, Raquel, “In Vindication of Justiciable Victims. Rights to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, núm. 5, noviembre de 2002.
- BUYSE, Antoine, “A Lifeline in Time - Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 75, 2006.

CASANOVA, Julián, “Desaparecidos”, *El País*, Madrid, 10 de julio de 2008.

CAPELLÀ i Roig, Margalida, *Las “desapariciones forzadas” en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo*, Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, vol. 6, 1999.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, “La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la «Ley de Memoria Histórica»”, *Foro*, Nueva época, núm. 7, 2008.

———, “La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado”, en RIPOL CARULLA, Santiago y VILLÁN DURÁN, Carlos (dirs.), *Justicia de transición: el caso de España*, Barcelona, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Català Internacional per la Pau, 2012.

———, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 67, 2012.

D’ARGENT, Pierre, “Responsabilité Internationale, Droits de l’homme et droit humanitaire”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 55, 2006.

FERRÁNDIZ, Francisco, De las fosas comunes a los derechos humanos. El descubrimiento de las desapariciones forzadas en la España contemporánea, *Revista de Antropología Social*, núm. 19, 2010.

GIBSON, T. Russel, “True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court’s Battle with Ratione Temporis”, *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, núm. 29, 2007.

GIL GIL, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009.

———, “Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?, InDret 4/2012”, *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre de 2012.

GÓMEZ ISA, Felipe, “Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, en GÓMEZ

- ISA, Felipe (dir.), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006.
- JUNQUERA, Natalia, “Puede exhumar a los fusilados, pero le costará 1.600 euros”, *El País*, 16 de agosto de 2012
- MACULAN, Elena, “Prosecuting International Crimes at National Level: Lessons from the Argentine «Truth-Finding Trials»”, *Utrecht Law Review*, vol. 8, Issue 1, enero de 2012.
- MÉNDEZ, Juan, “The Right to Truth”, en JOYNER, Christopher (ed.), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Toulouse, Proceedings of the Siracusa Conference, Erès, 1998.
- MÉNDEZ, Juan y BARIFFI, Francisco, “Truth, Right to, International Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- MORENO PÉREZ, Alicia y CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, “La decisión del TEDH en el asunto Canales Bermejo c. España: Una sombra definitiva”, *Rights International Spain Análisis Jurídicos GCyF*, diciembre de 2012.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Madrid, Dykinson, 2006.
- PASCUAL, Ana María, “Los otros «Garzones» de la Memoria Histórica”, *Interview.es*, 6 de octubre de 2008.
- PASTOR, Daniel, “¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?: la experiencia argentina”, *Jueces para la Democracia*, vol. 59, 2007.
- PRESTON, Paul, *La Guerra Civil española*, Random House Mondadori, 2006.
- REMIRO BRÓTONS, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi, “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, *California Law Review*, vol. 78, 1990.
- TAMARIT, Josep, “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política Criminal*, vol. 7, núm. 13, julio de 2012.
- URDILLO, Ursula, “Impunity for enforced disappearances in contemporary Spain. The Spanish Search for Truth”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 6.

VICENTE MÁRQUEZ, Lydia y MELÓN, Mercedes, *Decisión desprovista de Justicia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 14 de diciembre de 2012, www.IJCentral.org.

WEYLER, E., “Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 95, 2001.

ZAPICO BARBEITO, Mónica, “Investigating the Crimes of the Franco Regime: Legal Possibilities, Obligations of the Spanish State and Duties Towards the Victims”, *International Criminal Law Review*, 10, 2010.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, fondo.

Caso Blake vs. Guatemala, sentencia del 24 de enero de 1998, fondo.

Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia del 12 de Agosto de 2008, fondo.

Caso Anzualdo Castro vs. Perú, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de septiembre de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Gelman vs. Uruguay, sentencia del 24 de febrero de 2011.

Contreras y otros vs. El Salvador, sentencia del 31 de agosto de 2011, fondo, reparaciones y costas.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Çakici vs. Turkey, (Application no. 23657/94), 8 de julio de 1999.

Tas vs. Turkey, (Application 24396/94), 14 de noviembre de 2000.

Tanis and others vs. Turkey, (Application no. 65899/01), 2 de agosto de 2005.

Seker vs. Turkey, (Application no. 52390/99), 21 de febrero de 2006.

Varnava and Others vs. Turkey, (Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90), Grand Chamber, 18 de septiembre de 2009.

Gutiérrez Dorado and Dorado Ortiz vs. Spain, (Application no. 30141/09) 27 de marzo de 2012.

Janowiec vs. Russia, (Applications nos. 55508/07 and 29520/09), 16 de abril de 2012.

Tribunal Supremo de España

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27 de febrero de 2012.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Auto resolviendo cuestión de competencia, 28 de marzo de 2012, recurso número 20380/2009.

Informes y otros documentos

Amnistía Internacional, Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo en España, 9 de mayo de 2012.

Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation 1736 (2006), Need for international condemnation of the Franco regime.

Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto periodo de sesiones (8 a 19 de abril de 2013), Documento de Naciones Unidas CED/C/URY/CO/1, 3 de mayo de 2013.

Informe Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, 28 de julio de 2006.

International Law Commission, A/CN.4/167 and Add.1-3, Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, Sixteenth Session, 11 May to 24 July 1964.

Observaciones finales del Comité contra la Tortura, ESPAÑA, CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009.

Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.

Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances.