

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

C. Madrigal, El futuro del Tribunal Supremo. **J. Bayo Delgado**, La protección de datos en la investigación policial y en el proceso penal. **J. Igartua Salaverría**, Desconcertante sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. **P. Andrés Ibáñez**, Competencia del Jurado. **F. Díaz García**, El juez Víctor Covián y Junco. **M. A. Rodríguez Arias**, La nueva ley 'de la memoria' y el CEPDH. **A. Olivas Díaz**, La intervención del juez de instrucción en la investigación de las desapariciones del franquismo. **J. Hernández García**, Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial. **C. Gómez Martínez**, Propuesta de mejora de la formación inicial en la Escuela Judicial. **M. Carbonell**, Gustavo Zagrebelsky, juez constitucional. **A. Balsamo**, La formación de los magistrados en Italia.

En este número: Andrés Ibáñez, Perfecto, magistrado, Sala Segunda, Tribunal Supremo.
Balsamo, Antonio, magistrado, Italia.
Bayo Delgado, Joaquín, magistrado, Supervisor Europeo Adjunto de Protección de Datos.
Carbonell, Miguel, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
Díaz García, Fructuoso, bibliotecario, Fundación Municipal de Cultura de Siero (Asturias).
Gómez Martínez, Carlos, presidente, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.
Hernández García, Javier, presidente Sección 4ª, Audiencia Provincial de Tarragona.
Igartua Salaverría, Juan, catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad del País Vasco.
Madrigal, Consuelo, fiscal de sala, Tribunal Supremo.
Olivas Díaz, Amaya, juez de primera instancia e instrucción, Mollet del Vallés (Barcelona).
Rodríguez Arias, Miguel Ángel, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real.

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (director), Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, Alberto JORGE BARREIRO, Roser BACH I FABREGO, Ramón SÁEZ VAL-CÁRCEL. Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID.

E-mail: info@juecesdemocracia.es <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones Maxipack S.L. Av. del Sistema Solar nº 3 A. Parque Tecnológico.

28830 San Fernando de Henares. Madrid.

Tel 91 677 53 60

Fax 91 674 93 00

Email: suscripciones@maxipack.es

Precio de este número: 10 € (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números).

Europa: 30 €

Resto: 36 €

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Impresión Amoretti, S.L.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>Casación o unificación de doctrina. El futuro del Tribunal Supremo</i> , Consuelo Madrigal	3
— <i>La protección de datos en la investigación policial y en el proceso penal</i> , Joaquín Bayo Delgado	11
— <i>Nombramiento de cargos judiciales. (Desconcertante jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo)</i> , Juan Igartua Salaverría	25
— <i>Competencia del Jurado</i> , Perfecto Andrés Ibáñez	34
Estudios	
— <i>El juez Víctor Covián y Junco. Aproximación a su vida y a su obra</i> , Fructuoso Díaz García	39
— <i>La nueva ley ‘de la memoria’ y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo</i> , Miguel Ángel Rodríguez Arias	68
— <i>La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista</i> , Amaya Oliva Díaz	86
Cuestiones de ordenamiento judicial	
— <i>Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial (a modo de introducción)</i> , Javier Hernández García	103
— <i>Propuesta de mejora de la formación inicial en la Escuela Judicial</i> , Carlos Gómez Martínez	116
Internacional	
— <i>Gustavo Zagrebelsky, juez constitucional</i> , Miguel Carbonell	125
— <i>La formación de los magistrados en Italia: líneas maestras y objetivos formativos. Perspectivas de derecho comparado</i> , Antonio Balsamo	129
Apuntes	
— <i>En el Consejo, para empezar ‘bien’, más de lo mismo</i>	147
— <i>Primeras noticias</i>	148
— <i>Presidencia: primeros pasos</i>	149
— <i>La culpa es nuestra</i>	149
— <i>Los locos en Cataluña: una aproximación histórica desde la jurisdicción</i>	153
Extractos/abstracts	

La nueva ley «de la memoria» y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo*

Miguel Ángel RODRÍGUEZ ARIAS

«En esta España marcada por cuarenta años de fascismo, sólo cabe descubrir a los muertos y enterrarlos de nuevo. Recuperar la dignidad que les llevó a oponerse a la barbarie de un golpe militar no merece el esfuerzo de aplicar las normas del derecho internacional de los derechos humanos. La conclusión es clara, los españoles durante los años de la dictadura no teníamos derechos humanos, sólo éramos súbditos y además extraterrestres».

José Antonio Martín Pallín, *La sombra de Franco es alargada*.

I. Contra la impunidad *también* en España: miles de crímenes de *lesa humanidad* de desaparición forzada de personas en abierta consumación permanente treinta años después.

Como ya hemos tenido ocasión de abordar en otro lugar¹ el específico carácter permanente del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas ha de suponer la inaplicabilidad de amnistías domésticas —rebasadas éstas el mismo día siguiente a su promulgación en tanto que no haya sido interrumpido dicho estado consumatorio mediante la localización de los desaparecidos o de sus restos mortales— tanto como la propia aplicabilidad de *la ley en vigor en el momento de terminación del hecho*, en reconocida formulación del § 2. 2 del Código penal alemán²; lo que en nuestro caso es tanto como apuntar la entrada en escena del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional a partir del 1 de julio de 2002, así como de la propia *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992*³, o más previsiblemente ya, de la nueva *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, llamada a sustituirla una vez unánimemente aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el pasado 20 de diciembre de 2006 y en abierto proceso de ratificación —en el caso de España iniciado el trámite por acuerdo del Consejo de Ministros del pasado 15 de junio de 2007.

* Dedicado a la memoria de los defensores de la Constitución española de 1931 y a sus familias, tras toda una vida de lucha, sufrimiento y olvido. Con agradecimiento a Luis Arroyo Zapatero y a Rosario de Vicente Martínez sin cuyo magisterio este artículo no habría sido posible.

¹ Me remito aquí a mi reciente artículo Rodríguez Arias, M. A. (2007): «Las fosas de Franco y la *diligencia debida* del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: *Jueces para la Democracia*, n. 60, págs. 70-89; así como a mi monografía Rodríguez Arias, M. A. (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo: Crimen contra la humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia; singularmente el apartado primero del capítulo cuarto, «Doble trascendencia penal e internacional del carácter permanente del crimen de *lesa humanidad* de desaparición forzada de los hijos de los Defensores de la Segunda República española».

² Así conforme el § 2 StGB «*Zeitliche Geltung*»: «(2) *Wird die Strafdrohung während der Begehung der Tat geändert, so ist das Gesetz anzuwenden, das bei Beendigung der Tat gilt*»; justamente, como el propio § 2 puntualiza a continuación, a diferencia del caso de modificación legislativa tras el cierre de la consumación conforme la idea de la *lex posterior favorable*: «(3) *Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden*».

³ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992. En este sentido el artículo 17.1 de la vigente Declaración, es claro: «Todo acto de desaparición forzosa será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos».

Y ello sin olvidar tampoco que, ya desde nuestro propio Código Penal interno, respecto el delito permanente únicamente se dará inicio al cómputo de prescripción «desde que se eliminó la situación ilícita» —art. 132.1—, lo que manifiestamente no es así ante los miles de crímenes de desaparición forzada perpetrados por la dictadura franquista, y ha de mostrarse igualmente congruente con todo lo anterior⁴.

Ante todo ello, transcurridos ya treinta años desde la reinstauración de las libertades y la entrada en vigor de la nueva Constitución española de 1978 —29 años desde la ratificación española del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950⁵—, la impunidad de los incontables crímenes de desaparición forzada de los Defensores de la Segunda República española abandonados en alguna de las numerosas fosas comunes que aún salpican nuestra geografía⁶ —pero también la desaparición de un número indeterminado de menores de su entorno que, al igual que en otros casos como el denunciado por las Abuelas de la Plaza de Mayo, o el caso australiano de las «generaciones perdidas» fueron arrebatados a sus familias como parte de una política de Estado— viene a representar una esfera de responsabilidad autónoma por parte de las instituciones y autoridades del Estado democrático.

Una responsabilidad de la que nos ocuparemos aquí de forma limitada al anómalo régimen de auto-restitución familiar introducido en nuestro ordenamiento —*reintroducido* más bien a la luz de la Orden de 1 de Mayo de 1940 «sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos»— tras la reciente entrada en vigor de la denominada ley «de la memoria histórica»⁷. Y así, nos centraremos aquí en contrastar ello mismo a la luz del contrapuesto deber internacional de localización e identificación de los desaparecidos por parte del Estado, así como de un adecuado examen de la escena de estos crímenes internacionales y recuperación del material probatorio, en sí mismo habilitador tanto de la posterior investigación oficial conducente al esclarecimiento de los hechos y depuración de las responsabilidades penales a que hubiese lugar, tanto como de unas reales posibilidades de interposición de un recurso efectivo por parte de los familiares de las víctimas —propia-mente consideradas *víctimas indirectas* ellos mismos del crimen de desaparición

⁴ Y así, conforme al artículo 5 de la misma *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*: «La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable»; mientras el artículo 8 señala como, sin perjuicio de lo dispuesto en dicho artículo «Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo [*sic*] de este delito»; mientras que, en otra esfera distinta de responsabilidad y tal y como señalaría igualmente la resolución 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en su artículo 14.2: «2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el periodo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional». Véanse los comentarios al respecto en Crawford, J. (2004): *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, págs. 174 y ss.

⁵ Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963, y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE n. 243 de 10/10/1979, págs. 23564-23570.

⁶ De insustituible referencia a ese respecto habrá de resultar igualmente el amplio informe del Equipo Nizkor (2004): *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, documento electrónico, <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.html>, en cuyo punto cuarto de su plan de actuación se abogaría por «4. Elaborar una ley de exhumaciones e identificación de víctimas que tenga en cuenta los tipos de delitos, el necesario conocimiento de la verdad y que fije los procedimientos acordes con el derecho internacional de derechos humanos. Dicha ley ha de tener en cuenta además los diferentes tipos de enterramientos clandestinos, oficiales, etc. y resolver el caso de las fosas comunes producto del plan de exterminio, de los enterramientos ilegales y de las fosas comunes de las tropas regulares en los frentes de batalla».

⁷ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura. Jefatura de Estado (BOE n. 310 de 27/12/2007).

forzada⁸— todo ello de conformidad con los artículos 2 y 13 del aludido Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos como hemos visto. O, mejor dicho, nos ocuparemos de la definitiva puesta en peligro que, para el cumplimiento de tales irrenunciables funciones estatales y de lucha a la impunidad *no únicamente fuera de España*, ha de suponer ahora la *irrupción* de dicha nueva —como esperamos mostrar *deficiente*—, regulación de la materia: la denominada ley «de la memoria» histórica como inadecuado marco de tutela del derecho a la vida de todas las personas bajo su jurisdicción.

No serán, ciertamente, éstos los únicos artículos en liza, ni dicha misma Convención europea el único instrumento internacional desatendido por la reestablecida democracia española ante tales víctimas, objeto hasta el momento de una tutela «de segundo orden» en lo tocante a sus derechos fundamentales profundamente conculcados —y apuntar que haya existido algún tipo de tutela respecto los desaparecidos del franquismo por parte de nuestro Estado de Derecho ya es decir mucho—, en unos términos rallanos con lo discriminatorio hacia un concreto colectivo político y social; todo lo cual ha de llevarnos, inevitablemente, a preguntarnos ya no únicamente por el sobrecogedor alcance de lo actuado por los responsables de la dictadura, sino, también, por el impactante calado de lo que a lo largo de las últimas décadas ha sido omitido, y continúa siéndolo, por parte de las autoridades de la reestablecida democracia española, para impedir la silenciosa continuación de estos crímenes, y el sufrimiento de estas familias.

II. El artículo 13 de la ley «de la memoria» como reedición del modelo franquista de «auto-restitución» familiar de la Orden de 1 de Mayo de 1940 «sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos».

La conocida como ley «de la memoria histórica», abordará la cuestión de la localización y recuperación de los restos de víctimas de desaparición forzada en su artículo 13, estableciendo un marco legal para una suerte de «auto-restitución» de los desaparecidos por parte de los propios familiares:

«2. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, establecerán el procedimiento y las condiciones en que los descendientes directos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, o las entidades que actúen en su nombre, puedan recuperar los restos enterrados en las fosas correspondientes, para su identificación y eventual traslado a otro lugar.

3. En cualquier caso, la exhumación se someterá a autorización administrativa por parte de la autoridad competente, en la que deberá ponderarse la existencia de oposición por cualquiera de los descendientes directos de las personas cuyos restos deban ser trasladados. A tales efectos, y con carácter previo a la correspondiente resolución, la administración competente deberá dar adecuada publicidad a las solicitudes presentadas, comunicando en todo caso su existencia a la Administración General del Estado para su inclusión en el mapa referido en el apartado primero del artículo anterior».

⁸ Y así en todo caso de conformidad con el artículo 24. de la nueva Convención internacional contra las desapariciones forzadas «1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “víctima” la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. 2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto»; me remito en todo caso, más ampliamente a este respecto, a mi artículo «Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado...», *ob cit*, en especial referencia al caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, Sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de Noviembre de 2000, así como la sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002.

Aun siendo constatables ciertas mejoras introducidas respecto la redacción inicial de los artículos 13-16 del proyecto de ley⁹, varias serán las perplejidades jurídicas a poner de relieve ante lo que viene a constituir la creación de un marco administrativo para la *auto exhumación* por parte de los familiares de estas víctimas de crímenes sistemáticos de lesa humanidad perpetrados por agentes del mismo Estado que entiende, ahora, adecuado y suficiente, con limitarse a subvencionar los gastos en que puedan incurrir sus propios familiares —los que aún vivan, agrupados en torno a distintas asociaciones—, para emprender la tarea de localizarles y sacarles de las fosas comunes en que fueron ejecutados y darles digna sepultura. Una subvención para desenterrar a sus propios muertos de allí donde el Estado los asesinó de forma atroz y masiva, y trató de ignorarlos después durante varias décadas de dictadura y ya casi otras tantas de democracia. Verdadera pieza de cierre del sistema de duelo privado ante las víctimas de esta violencia pública —la propia restitución ahora también por los propios familiares— de todas las décadas precedentes.

Y lo primero a constatar será el hecho de que, con ello, no se hará otra cosa que reeditar, *reintroducir en nuestro ordenamiento democrático*, el mismo modelo contemplado desde la ley de 16 de mayo de 1939 dictada por Franco en Burgos —«facultando a los Ayuntamientos para dispensar o reducir las exacciones municipales que gravan las inhumaciones, exhumaciones y traslados de cadáveres víctimas de la barbarie roja o muerta en el frente»¹⁰— y, especialmente de las Ordenes de 1 de mayo de 1940 —«sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos»¹¹, y de 22 de julio del mismo año¹², esta última aclaratoria de la primera y ambas dictadas por Serrano Suñer.

Así, y conforme las disposiciones primera y tercera de dicha Orden de 1 de mayo, la sujeción a régimen de autorización administrativa, el carácter familiar —incluso la dimensión representativa de la acción en el caso de las congregaciones religiosas—, y la ayuda económica del Estado, en términos de exención de pago, serán igualmente previstas de forma reconocible en sus líneas esenciales:

«Primero — Toda persona que desee exhumar el cadáver de alguno de sus deudos que fueron asesinados por la horda roja, para inhumarlos de nuevo en el cementerio, puede solicitarlo al gobernador civil de la provincia correspondiente que, previa la justificación de aquel extremo, concederá el permiso para el traslado e inhumación con arreglo a las disposiciones sanitarias vigentes.

(...)

Tercera — La instancia solicitando la autorización correspondiente será elevada por el familiar del finado de más próximo parentesco, el que, en consideración a la patriótica muerte de su deudo, estará exento de pago de derechos sanitarios. Cuando se trate de religiosos o religiosas, la instancia la presentará el Superior o Superiora de la Comunidad a la que perteneciese el asesinado, y gozará así mismo de la exención de derechos mencionada».

⁹ Así en determinados aspectos como el nuevo artículo 11.2 el Estado parecerá asumir al menos, si bien en términos genéricos, la elaboración de planes de trabajo en la materia, y, más firmemente, la normal previsión de subvenciones frente a la mera apertura de una tal posibilidad ex artículo 13.2 del proyecto salido del Consejo de Ministros. De este modo, y conforme el actual texto, «La Administración General del Estado elaborará planes de trabajo y establecerá subvenciones para sufragar gastos derivados de las actividades contempladas en este artículo», mientras respecto el anterior, referido también en su segundo punto genéricamente a «Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias», meramente recogía: «Conforme a su normativa reguladora, podrán arbitrarse subvenciones para contribuir a sufragar los gastos derivados de las actividades contempladas en este artículo». Lo mismo podrá ser señalado respecto el actual artículo 12.1 respecto al artículo 14.1 del Proyecto.

¹⁰ Jefatura del Estado, BOE n. 137, de 17/05/1939, pág. 2687-2688.

¹¹ Ministerio de la Gobernación, BOE n. 130, de 09/05/1940, pág. 3157.

¹² Ministerio de la Gobernación, BOE n. 207, de 25/07/1940, pág. 5151.

Que, a las alturas de 2007, dicha suerte de «*auto-restitutio*» familiar, haya sido estimado por nuestras autoridades democráticas como un mejor modelo a seguir, más adecuado y respetuoso con la debida protección estatal de los derechos humanos, que los estándares emanados en las últimas décadas por parte de distintos organismos internacionales en materia de «*restitutio in integrum*» estatal —singularmente desarrollada ante casos de desaparición forzada de personas como ya vimos¹³—, ha de ser, a mi juicio, objeto de crítica¹⁴. Más aún, justamente, ante la especial necesidad de sacar plenamente de la esfera privada o familiar la restitución de los desaparecidos, o sus restos mortales, en términos de pública satisfacción por parte del Estado¹⁵.

Que sea además la propia ley «de la memoria» la que —precisamente en materia de reparaciones a las víctimas del franquismo— venga a reintroducir nuevamente en nuestro ordenamiento tales concepciones jurídicas y prácticas pretéritas del régimen franquista, también; además de ofrecernos una insustituible perspectiva de lo verdaderamente desenfocado del abordaje de la intervención legislativa ante toda esta cuestión desde sus mismos planteamientos de base; y no precisamente por ausencia de los instrumentos internacionales de referencia ya aludidos, de modo especialmente significativo al respecto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, como esperamos poder mostrar a continuación.

¹³ Me remito aquí nuevamente a mi precedente estudio «Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado...», ob cit.

¹⁴ Una *restitutio in integrum* por parte del Estado cuyo mismo aparato de poder se vió envuelto en los crímenes, que, como ha explicado García Ramírez, debe ser entendida además en una relación de complementariedad con las restantes formas reparatorias: Restitutio in integrum significa, *en sentido estricto* —que es también su alcance literal—, restitución de las cosas al estado que guardaban antes de que ocurriera la conducta ilícita y se vieran afectados los bienes jurídicos de ciertas personas. Eso es lo que se dice y se pretende al hablar de «plena restitución», que no es una restitución a secas, inevitablemente parcial y relativa. Aquella restitución plena —que implica un retorno pleno— es conceptual y materialmente imposible. (...) Lo que se quiere —mejor todavía: lo único que se puede— no es tanto restituir íntegramente la situación previa a la violación cometida —en su tiempo, su espacio, sus características, su absoluta continuidad, para siempre modificados—, sino construir una nueva situación que se asemeje, tan fielmente como sea posible, a la que antes se tuvo. Con este propósito es que se aportan al sujeto elementos de reparación, compensación, satisfacción, retribución, liberación, complemento, sustitución, etcétera. Así se rescatarán los bienes jurídicos de la víctima, al menos en parte, y se le colocará en una posición muy parecida a la que antes tuvo. Empero, lo perdido se habrá perdido para siempre. De esta diferencia inevitable entre lo que fue y lo que puede ser resulta, lógicamente, el sistema de reparaciones en su vertiente resarcitoria. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso Bámaca Velásquez, 22 de febrero de 2002, párr. 1.; y así, conforme el artículo 24.5 de la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: «5. El derecho a la reparación al que se hace referencia en el párrafo 4 del presente artículo comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otras modalidades de reparación tales como: a) La restitución; b) La readaptación; c) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación; d) Las garantías de no repetición». Y, muy particularmente, conforme el punto 20 de los *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*, aprobados por resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005; en relación al derecho de restitución *vid* en todo caso los iniciales trabajos como relator de Theo Van Boven (1993): *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Consejo Económico y Social, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 451 período de sesiones, Tema 4 del programa provisional, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, inicial precursor de todo ello.

¹⁵ En especial una vez tomada constancia, con Moreno Gómez, del hecho de que la represión se llevase a cabo en los pueblos de origen de las víctimas, no en las capitales, respondía además a las finalidades de ejemplaridad y exhaustividad, en un ámbito donde represores y reprimidos eran perfectamente conocidos entre sí; como señalará el mismo con elocuencia, para los verdugos «ningún sitio mejor que el propio pueblo para depurar la menor veleidad izquierdista o revolucionaria», Moreno Gómez, F. (1989): «La represión en la España campesina», en: García Delgado, J.L. (Ed) *El primer franquismo, España durante la Segunda Guerra Mundial*, pág. 193.

III. El auténtico problema de «memoria»: las autoridades democráticas españolas olvidan su deber de llevar a cabo una *investigación oficial efectiva*, conducente al esclarecimiento de los hechos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

a) Violación del artículo 2 del Convenio Europeo por la constatada ausencia, *de facto*, de una *investigación oficial efectiva* respecto los miles de casos de desaparición forzada del franquismo.

Pero, sin duda alguna, lo que precisamente hará que todo ello se nos muestre como jurídicamente insostenible será el hecho mismo de tratarse de escenarios, y víctimas, de crímenes de lesa humanidad —ni tan siquiera crímenes de gravedad y trascendencia «ordinaria»— no sólo imprescriptibles, sino en abierta consumación permanente.

Y ello sea en relación a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a la denominada tutela procesal del derecho a la vida ex artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos¹⁶ —también en cuanto al artículo 13 del mismo Convenio como veremos¹⁷—, sea en relación a las debidas garantías probatorias ex artículo 11.2 de la nueva Convención Internacional en conexión al principio *aut dedere aut judicare* consagrado en el artículo 11.1 de la misma —estableciéndose un igual nivel de exigencia probatoria frente a los acusados con independencia de que se instituya la propia jurisdicción nacional o se los transfiriera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido¹⁸— y la específica obligación prevista por el artículo 12.3 a) del mismo texto, relativa a que las autoridades judiciales dispongan, ante tales crímenes «de las facultades y recursos necesarios para llevar a cabo eficazmente la investigación»; pero también de forma poco congruente, más ampliamente considerado, con lo propios deberes de búsqueda de los fallecidos para darles «destino decoroso» igualmente referible ex artículo 8 del Segundo Protocolo a la Convención de Ginebra para los casos de conflictos armados internos ratificado por España desde 1989¹⁹.

Y si bien no habría de ser el régimen franquista el que tuviese la necesidad de plantearse, ciertamente, ninguna de tales cuestiones al decretarse la Orden de 1 de Mayo de 1940 —especialmente las relativas a la afectación de las garantías probatorias resultantes de la exhumación familiar— difícilmente puede pensarse que nuestro actual Estado democrático de Derecho pueda prescindir también de tales consideraciones a la hora de reeditar un tal modelo.

Así, y conforme la jurisprudencia constante emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰, uno de los deberes más genuinamente reconocibles por parte

¹⁶ «2.1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena», cursivas propias.

¹⁷ «Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

¹⁸ Artículo 11. 2. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito común de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 9, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 9.

¹⁹ Conforme al mismo se tomarán sin demora todas las medidas posibles, entre otros supuestos, «buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos». Vid. Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95. Instrumento de ratificación española de 11 de abril de 1989, publicado en BOE n. 177 de 26/7/1989; vid así mismo BOE n. 241 de 7/10/1989 y BOE n. 242 de 9/10/1989.

²⁰ Como complemento de los distintos posicionamientos que abordaremos a continuación nos remitimos aquí, en todo caso, más ampliamente a nuestros comentarios semestrales a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde enero de 2004 hasta abril de 2007, por todos, Maroto Calatayud, M., Rodríguez Arias, M. A. y Scheunemann de Souza, D. (2007): «Comentarios a la Jurisprudencia

de las instituciones del Estado de Derecho en materia de protección del derecho a la vida será el de llevar a cabo una investigación «suficiente y efectiva» —investigación «exhaustiva e imparcial», «emprendida sin demora», «aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal», como calificará por su parte el artículo 12 de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas, en sus apartados 1 y 2²¹.

Como se reconocerá ya desde el caso *McCann contra el Reino Unido*:

*una prohibición general de ejecuciones arbitrarias por parte de los agentes del Estado sería inefectiva, en la práctica, de no existir procedimientos de revisión de la conformidad a derecho del uso de la fuerza letal por parte de las autoridades estatales. La obligación de proteger el derecho a la vida bajo tal previsión (art. 2) ha de ser entendida en conjunción con el deber general del Estado bajo el artículo 1 de la Convención de «asegurar a toda persona dentro de su jurisdicción los derechos y libertades recogidos en la Convención», lo que requiere que deba darse alguna forma de investigación oficial efectiva cuando ha habido individuos que han perdido la vida como resultado del uso de la fuerza*²².

Y, así, ha sido desarrollada una amplia línea jurisprudencial en materia de violación de dicho mismo deber de protección del derecho a la vida ex artículo 2, en una vertiente denominada «procesal», en relación a los casos de ausencia de actividad investigadora efectiva por parte de las autoridades de tal modo que no sea posible la determinación de la existencia, o no, de la violación material, ni por tanto de las concretas responsabilidades y reparaciones debidas al respecto; sin perder de vista ciertamente tampoco la intrínseca dimensión que, por dicha misma razón, ello ha de conllevar respecto a la paralela violación del artículo 13 del Convenio Europeo, derecho a un recurso efectivo, cuya vigencia práctica ha de quedar justamente comprometida como abordaremos posteriormente.

En sintética exposición del Tribunal Europeo en *Kelly contra el Reino Unido*:

debe darse alguna forma de investigación oficial efectiva cuando ha habido individuos asesinados como resultado del uso de la fuerza. (...) El propósito esencial de una tal investigación ha de ser el de asegurar una efectiva implementación de las leyes domésticas que protegen el derecho a la vida así como, en los casos en los que se vean envueltos agentes o cuerpos del Estado, la exigencia de responsabilidades (...)»²³.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (octubre 2006- abril 2007)», en: *Revista General de Derecho penal*, Iustel (Revista electrónica); así mismo Fernández Aparicio, J. M. (2003): «Una visión jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la cuestión de los desaparecidos», en: *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 34, págs. 121-136; Martín-Retortillo Baquer (2006): *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos, Perspectivas española y europea*, Madrid, Thompson Civitas; Grabenwarter, C. (2005): *Europäische Menschenrechtskonvention*, BECK, München, pág. 130-132.

²¹ Precisamente será la propia Convención internacional la que, ex artículo 12.2, preverá que con independencia de la previsión de posibilidades de impulso por parte de las víctimas, el Estado deberá investigar de oficio. 2. Siempre que haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, las autoridades a las que hace referencia el párrafo 1 iniciarán una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; si bien ya en relación al artículo 3 de la pre- via, y actualmente vigente, Declaración de 1992, se señalaría: «It is, however, not enough for legislative, administrative, judicial or other measures to be taken, since they also have to be “effective” if they are to achieve the objective of prevention and termination. If the facts showed that the measures taken were ineffective, the international responsibility of the State would be to take other measures and to adapt its policies so that effective results would be achieved. The main criterion for determining whether or not the measures are suitable is that they are effective in preventing and, as appropriate, terminating acts of enforced disappearance», «General Comment on article 3 of the Declaration», WGEID report 1995 (E/CN.4/1996/38), pto. 48, en: *Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/WGEID%20compilation%20of%20general%20comments.doc>, pto. 52.

²² *McCann y otros contra el Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1995, párr. 161.

²³ *Kelly y otros contra el Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de mayo de 2001, párr. 94; y así, en *Ogur contra Turquía* se hablará más exactamente del concepto de «effective investigations capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the

Y si bien, en palabras del Alto Tribunal, qué forma de una tal investigación efectiva e independiente puede resultar apta a tales propósitos *puede variar en diferentes circunstancias*²⁴, en todo caso será igualmente puntualizado cómo *las autoridades deben actuar de propia iniciativa una vez la cuestión haya sido suscitada a su atención;*

En contundentes términos del Tribunal Europeo en el fallo *Seker contra Turquía*:

*El mero hecho de que las autoridades sean informadas del asesinato de un individuo da lugar, ipso facto, a la obligación, bajo el artículo 2 de la Convención, a llevar a cabo una investigación efectiva acerca de las circunstancias que rodearon la muerte (...) dicha obligación resulta igualmente aplicable en casos en los que una persona ha desaparecido en circunstancias que puedan ser consideradas como de temor por su vida. A este respecto, debe ser aceptado que cuanto más tiempo pase sin noticia alguna por parte de la persona que ha desaparecido, mayor resulta la probabilidad de que él o ella han muerto*²⁵.

O nuevamente en *Kelly contra el Reino Unido*, en cita a su vez de *İlhan contra Turquía* —y en sentido también aquí difícilmente reconciliable con los actuales postulados de la «ley de la memoria»—:

*(las autoridades) no pueden dejar esta cuestión a la iniciativa de los parientes para plantear una denuncia oficial o asumir la responsabilidad por el impulso de cualesquiera procedimientos de investigación*²⁶.

No será tampoco ésta, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una cuestión únicamente relativa a la existencia de una mejor regulación *teóricamente* adecuada, y así en *Taniş y otros contra Turquía*, se entenderá igualmente violado el artículo 2 en un caso en el que el Tribunal llegará a reconocer una clara apatía y abstención,

events in question», Vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 1999, párr. 93; o como señalará igualmente el Alto Tribunal con toda contundencia ante la actitud de las autoridades en el caso de desaparición sometido a su valoración en el caso *Gongadze contra Ucrania*, al apreciar la violación del artículo segundo del convenio en su vertiente procesal «*The Court considers that the facts of the present case show that during the investigation, until December 2004, the State authorities were more preoccupied with proving the lack of involvement of high-level State officials in the case than by discovering the truth about the circumstances of the disappearance and death of the applicant's husband*», *Gongadze contra Ucrania*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2006, párr. 179.

²⁴ Y así, en *Ogur contra Turquía* se llegará a admitir que la investigación oficial fuese llevada a cabo fuera del contexto específicamente penal, siempre habría de serlo por parte de las instancias oficiales independientes adecuadamente capacitadas para ello: «*The subsequent investigation carried out by the administrative investigation authorities scarcely remedied the deficiencies noted above in that, again, no post-mortem or other forensic examination, notably in the form of ballistic tests, was ordered and no members of the security forces that took part in the operation were questioned, although their names were known (...)*», vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 1999, párr. 90; sobre idéntico punto se pronunciaría el fallo *Tas contra Turquía* «*(...) It has already found in a number of cases that the use of provincial administrative councils to investigate allegations of unlawful killings did not comply with the requirement that the investigation be carried out by an independent body in a process accessible to the alleged victim's close relatives, in particular since these councils were composed of officials under the authority of the Governor who was administratively in charge of the security forces under investigation*», *Tas contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2000, párr. 71; junto a ello, en *Imakayeva contra Rusia*, y en términos igualmente críticos con la actuación de la fiscalía y las autoridades turcas, al apreciar la violación procesal del artículo segundo del convenio se llegará a señalar: «*Their behaviour in the face of the applicant's well-established complaints gives a strong presumption of at least acquiescence in the situation and raises strong doubts as to the objectivity of the investigation*», *Imakayeva contra Rusia*, de 9 de febrero de 2007, párr. 155.

²⁵ *Seker contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2006, párr. 67 y 69; de hecho, y como se puntualizará así mismo en *Seker contra Turquía*, «*This obligation is not confined to cases where it has been established that the killing was caused by an agent of the State*», Idem, párr. 67; o como se precisará por su parte en *Tashin Acar contra Turquía* «*Such investigations should take place in every case of a killing resulting from the use of force, regardless of whether the alleged perpetrators are State agents or third persons. However, where an involvement of State agents or bodies is alleged, specific requirements as to the effectiveness of investigation may apply*», *Tashin Acar contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2004, párr. 220.

²⁶ *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 94.

por parte de las fuerzas policiales turcas, en el uso de los mecanismos *teóricamente adecuados* para desarrollar la investigación²⁷.

De este modo, y entre otras características que ha de reunir la investigación oficial llevada a cabo por las autoridades del Estado, nos cabrá extraer las siguientes cinco notas esenciales, definitorias, del umbral de diligencia debida establecido por la jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo respecto dicha investigación oficial *efectiva e independiente*:

a) que sea capaz de llevar a determinar si el uso de la fuerza usada en el caso fue, o no, justificada por las circunstancias²⁸.

b) a la identificación y castigo de sus responsables. Ello no es una obligación de resultado sino de actividad²⁹.

c) las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para el aseguramiento de las evidencias relativas al incidente, incluidas, *inter alia*, los testimonios de testigos oculares, evidencias forenses, y donde ello resulte apropiado una autopsia que suministre un completo y riguroso expediente de las lesiones y un análisis objetivo de los hallazgos clínicos, incluida la causa de la muerte (...) toda deficiencia en la investigación que socave su capacidad para establecer la causa de la muerte o la persona responsable arriesgará la apreciación de su insuficiencia bajo un tal estándar³⁰.

d) Un requerimiento de prontitud y expedición razonable resulta implícito en un tal contexto (...) debe ser aceptado que podrá haber obstáculos o dificultades que traben el progreso en una investigación en una determinada situación. En todo caso, una pronta respuesta por parte de las autoridades en la investigación del uso de la fuerza letal será habitualmente contemplado como esencial en el mantenimiento de la confianza de la ciudadanía en su adhesión al Estado de derecho y en la prevención de toda apariencia de colusión o tolerancia con actos ilegales³¹.

e) Por la misma razón, debe darse un suficiente grado de control público de la investigación o sus resultados para asegurar la exigencia de responsabilidades en la práctica tanto como en la teoría. El grado de control público requerido es susceptible de cambiar de caso a caso. En todos los casos, sin embargo, los parientes cercanos a la víctima deben ser tomados en cuenta en el procedimiento en la medida necesaria en que ello resulte preciso para salvaguardar sus legítimos intereses³².

²⁷ Como será señalado en *Taniş y otros contra Turquía*: «It follows that the authorities have failed to set in motion the machinery which in theory would be adequate to investigate the disappearance of Serdar Taniş and Ebubekir Deniz», *Taniş y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de noviembre de 2005, párr. 209.

²⁸ *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 96.

²⁹ *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 96;

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Idem*, párr. 97; en el mismo sentido vid. *Seker contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2006, párr. 68; igualmente *Gongadze contra Ucrania*, Sentencia de 8 de febrero de 2006, párr. 177, entre otros.

³² *Idem*, párr. 98; y así, cuestión muy distinta a la previsión de un régimen administrativo para tales prácticas auto exhumatorias de los muertos «de la familia», será igualmente que el deber de una investigación efectiva conlleve, junto a todo lo anterior, el lógico deber de suministrar información y documentos a los familiares sobre el curso de la misma, de modo que no quede impedida la posibilidad de ejercicio de sus derechos como ha sido reconocido en casos como *Kişmir contra Turquía*, «the Court notes that the Government have not submitted any information to show that the family of Aydın Kişmir have ever been informed of the developments in the investigation. Neither is there any information in the case file to suggest that the documents concerning the investigation have been made available to the applicant. The Court finds that these failures effectively prevented the applicant from being involved in the procedure to safeguard her legitimate interests. In these circumstances, and having particular regard to the Government's own submission that an objection must be supported by proof and facts which justify the opening of a prosecution (see paragraph 64 above), the Court finds that a possible objection by the applicant against the decision not to prosecute, without first having regard to the documents in the investigation file, would have had no chance of success», *Kişmir contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005, párr. 119 y 121; el ya apuntado *Sergey Vasilyevich Shevchenko contra Ucrania o Koku contra Turquía*: «The Court reiterates that for an investigation into a death to be regarded as effective within the meaning of the case-law of the Court, it is imperative that the next-of-kin of the victim be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard their legitimate interests», *Koku contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005, párr. 157, vid así mismo el párr 143, en relación a la pasividad mostrada por la fiscalía, y, más detenidamente los párr, 153-161.

Como es fácil de constatar, ni nada de esto ha sido observado, *de facto*, hasta ahora por parte de las autoridades de la reestablecida democracia española respecto el caso de los miles de desaparecidos del franquismo, ni lo será ahora, *de iure*, desde el criticable marco legal introducido por artículo 13 de la nueva ley «de la memoria», desde el momento en que la grave responsabilidad estatal de localización, levantamiento y examen de restos mortales del propio escenario de las matanzas viene a ser ahora impropriadamente «delegado» en manos de familiares y particulares —no digamos ya del efecto de todo ello en cuanto a la posterior validez del material probatorio así obtenido—.

De hecho, y ahondando en relación al tercero de tales requisitos, de particular interés aquí para nosotros, el completo desentendimiento por parte del Estado en *Gul contra Turquía* de actividades básicas como la localización de casquillos, la realización de autopsias, la realización de fotografías del lugar, de la posición en la que la víctima había quedado, será considerado una flagrante violación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos por más que el gobierno turco alegase que la causa de la muerte resultaba clara; siendo, además, expresamente invocado por el Alto Tribunal el deber del Estado de atenerse cuando menos al *Model Autopsy Protocol annexed to The Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions* adoptado por Naciones Unidas en 1991, que, justamente, enfatizará la especial necesidad de un examen sistemático y exhaustivo, y la debida prevención de la omisión o pérdida de pruebas importantes, especialmente necesaria en ese tipo de casos³³.

Dicha misma cuestión de la existencia de tales actuaciones del Estado en relación al tratamiento del material probatorio e indagaciones en la escena del crimen, y consiguiente investigación, sería igualmente suscitada en el caso *Adali contra Turquía*, en el que la ausencia de prácticas esenciales como la toma de huellas dactilares, de fotografías del lugar de los hechos, de un examen balístico o de un informe detallado de lo encontrado en éste, por parte de las autoridades del Estado, son algunos de los aspectos que moverían al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a apreciar la concurrencia de tal violación de la dimensión procesal del deber de proteger el derecho a la vida ex artículo 2³⁴; mientras, por su parte, también en otro tipo de casos como *Sergey Vasilyevich Shevchenko contra Ucrania* se estimará igualmente la existencia de una violación del artículo 2 del Convenio Europeo en su vertiente procesal ante una investigación plagada de irregularidades, como no haber sido realizado un examen forense de las manos de la víctima a la búsqueda de restos de haber abierto fuego, no haberse procedido a la reconstrucción de los hechos, o no haber examinado suficientemente la autoría de la supuesta carta de suicidio mediante pruebas grafológicas³⁵.

³³ *Gul contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de diciembre de 2000, párraf. 89.

³⁴ En palabras del Tribunal Europeo: «*In this connection, the Court would point out that the investigating authorities failed to take fingerprints on the terrace or inside the applicant's family home with a view to finding a clue which could have shed light on the tragic event (see paragraphs 117, 139 and 147 above). It is to be observed in this latter connection that there was no real coordination or monitoring of the scene of the incident by the investigating authorities. A typical example of this is that there was no report on what was found on the terrace and inside the house, whereas according to a photograph which was taken shortly after the incident and produced to the Court by the applicant there was a glass, a bottle and an ashtray on the terrace (see paragraph 139 above). It is also striking that the police officers who examined the scene of the incident did not consider taking photographs of the terrace or of the inside of the house. The Court further considers that the ballistic examination carried out by the authorities was insufficient. In particular, although the investigators compared the bullet cartridges found at the scene of the incident against those held in the police laboratories of the "TRNC", there is no record of any attempt having been made to broaden the scope of the ballistic tests so as to cover the archives of the police in Turkey (see paragraphs 125 and 126 above). While the chief inspector, Mr Soyalan, advanced a claim to the contrary, no report of a ballistics test in Turkey has been furnished to the Court (Ibid.)*», vid. *Adali contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de marzo de 2005, párr. 227-228.

³⁵ *Sergey Vasilyevich Shevchenko contra Ucrania*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006, párr. 72-73, así como 67.

Con todo, y como quedará de manifiesto en la más reciente sentencia *Luluyev y otros contra Rusia*, en un caso de víctimas de ejecución extrajudicial hallados en una fosa común en Chechenia, no se tratará únicamente de una tal obligación de examen forense por las autoridades sino, más ampliamente, de la subsiguiente investigación, apreciándose, de hecho, la existencia de una *intensificación* de tales obligaciones de investigación derivadas del Convenio Europeo justamente a la luz de la *especial gravedad criminal* apreciada por el Tribunal respecto tales masacres³⁶.

Que junto a esto, en determinados supuestos de *sujección especial* como *Celikbilek contra Turquía de 31 de mayo de 2005*, o *Süheyla Aydin contra Turquía de 24 de mayo de 2005*, —en los que se constatará que la víctima había quedado bajo custodia de agentes del Estado—, sea además apreciada la existencia de una violación del artículo segundo *también en su sentido material* —incluso a pesar de que los restos mortales no hayan sido recuperados³⁷— debe ser igualmente subrayado³⁸; al tiempo que en recientes evoluciones jurisprudenciales a la luz de casos como *Estamirov y otros contra Rusia*³⁹ cabe apreciar una paulatina tendencia a la ampliación de tal noción —o *materialización* del calado de la violación desde su mera vertiente procesal, en defecto de la debida explicación por parte de las autoridades, constatada la relación de *sujección especial*— hasta dar idéntico tratamiento jurisprudencial a la más genérica situa-

³⁶ *Luluyev y otros contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2006. párr. 98: «The Court further notes that the discovery of Nura Luluyeva's body in 2001 provided the authorities with new important facts. In particular, it was then established that her death was a result of a murder and, what is more, one of a series of murders. Such a major event should have prompted the investigative authorities to intensify their efforts. However, no information has been submitted by the Government as to whether any investigative actions were taken following the discovery of the mass grave, apart from the identification and forensic examination of the bodies».

³⁷ A este último respecto véase igualmente *Ismail Ertak contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2000, párr. 131 y ss.

³⁸ Y así conforme dicho fallo, las evidencias respecto la responsabilidad por la ejecución extrajudicial han de ir más allá de toda duda razonable, precisamente en casos en los que la persona queda bajo la custodia policial, en los que corresponde a las fuerzas policiales y de seguridad suministrar una explicación suficiente y convincente de lo sucedido (párr. 66) —como por ejemplo la ruptura de la custodia por cualquier circunstancia no siendo tal el caso ante la clara ausencia de documentos y toda comunicación a tal respecto, (párr. 67-68); así las cosas no cabrá apreciar pues insuficiencia en el material probatorio aportado por el hermano de la víctima, recurrente habiendo realizado todo lo que razonable y realísticamente cabía esperar de él (párr. 69)— y Turquía resultará pues condenada tanto en el sentido procesal del artículo 2 por no haber llevado con posterioridad una investigación efectiva al respecto, como también en su sentido material. Vid. *Celikbilek contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de mayo de 2005; véase igualmente *Süheyla Aydin contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de agosto de 2005, donde el Tribunal Europeo recordará, una vez más, que las personas sujetas a custodia se encuentran sometidas a una posición de vulnerabilidad, y ello coloca a su vez a las autoridades detentadoras en una muy especial posición al respecto: «*here the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during such detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation*» (párr. 147). Nótese por tanto la especial trascendencia de todo ello para un caso como el español donde los agentes estatales o paraestatales implicados en las desapariciones tomaron bajo custodia a las víctimas en sus mismas casas, delante de sus propios familiares, o ya en los propios centros de detención con la clara aquiescencia de los responsables del mismo.

³⁹ *Estamirov y otros contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2007, caso este último además en el que tras una matanza al margen de la legalidad con ocasión de la toma de Grozny por parte de las tropas rusas, la corte subrayaría que la investigación oficial en las muertes nunca fue terminada ni se identificaron ni fueron procesados los individuos responsables, ni fue facilitada explicación alguna por parte del Estado por la muerte de esas víctimas: «*Inexplicably, no actions in that direction were taken until more than three years after the commencement of the investigation. (...) There is no information about the identification of the cartridges and bullets collected at the site of crime or about the carrying out of a military or security operation in the area on the relevant dates*». Vid. *Estamirov y otros contra Rusia*, ob cit. párr. 108; así el Alto Tribunal no sólo recordará que el hecho de que los Estados faciliten tal acceso a los documentos ha de ser de la máxima importancia para la operatividad efectiva del sistema de tutela individual instaurado por el artículo 34 de la Convención (párr. 103), sino que el hecho de que el gobierno ruso rehúse en el presente caso cumplir sus obligaciones hacia el Tribunal y el Convenio no ha de impedir que el Tribunal Europeo pueda enjuiciar la existencia de responsabilidad material por las autoridades rusas, siendo indiscutido que los familiares de los recurrentes fueron víctimas de una matanza al margen de la legalidad (párr. 106); dicha laguna en el conocimiento de los hechos provocada por Rusia determinará la *inversión de la carga de la prueba* y no dando por tanto el Gobierno ruso explicación alguna debidamente fundamentada respecto lo acaecido a las cinco víctimas mientras esa parte de Grozny estaba bajo control del ejército federal declarará la responsabilidad material de Rusia por tales ejecuciones.

ción de control del territorio por parte del ejército ocupante; de especial interés también para nosotros como mecanismo de imputación de vulneración material a la luz de la práctica de desapariciones forzadas de modo paralelo al avance de las líneas del frente y la ocupación de las nuevas zonas en el caso español. Todo ello en el sentido de lo que, de hecho, venía siendo reclamado por miembros como Bonello en su voto particular al caso *Şirin Yılmaz contra Turquía*⁴⁰.

Finalmente y concluyendo aquí, todavía, con el cuarto de los requisitos apuntados en *Kelly contra el Reino Unido*, la propia valoración por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del tiempo transcurrido hasta el inicio de las investigaciones será, en definitiva, otro factor de especial relevancia a la hora de valorar dicha misma «efectividad y suficiencia» de las investigaciones⁴¹.

O en palabras de *Taniş y otros contra Turquía*, en un caso de ausencia de investigación efectiva una vez ya transcurridos cuatro años de producirse dos casos de desaparición:

«Ningún procedimiento penal fue instituido para determinar a los responsables de la desaparición de los hombres. (...) Las circunstancias en las que Serdar Taniş y Ebubekir Deniz quedaron desaparecidos (...), el hecho de que cuatro años más tarde su destino continúa siendo desconocido, y la ausencia de una investigación apropiada y una explicación plausible de las autoridades sobre lo sucedido lleva a la Corte a

⁴⁰ En gráfica argumentación del juez Bonello en su voto disidente ante el caso *Şirin Yılmaz*, de 29 de octubre de 2004 —disidente, nótese, en tanto que junto al sentido procesal de la violación plenamente reconocido por la Corte, Bonello entenderá que el Estado Turco violará *simultáneamente* la dimensión material del artículo 2 debido a la propia situación de imposibilidad probatoria en que ello colocará a las víctimas en su acción frente a la Corte Europea—: *Hablando claro, la Corte comparte que el Estado demandado no hizo prácticamente nada, y ya es decir mucho, para asegurar que las evidencias fuesen descubiertas y preservadas (o que lo fueran los hechos reales mediante los cuales la verdad sobre lo sucedido pudiese ver la luz). (...) El Estado tiene una obligación, reconocida por la Corte y su jurisprudencia, de recoger y proveer las pruebas y evidencias de todas las circunstancias que rodeen la muerte en cuestión por medio de investigaciones efectivas. Es el Estado el que falla en cumplir con esta obligación. Y entonces, efectivamente, la Corte ha de decirle a los recurrentes que su acción en Estrasburgo no puede prosperar por no conseguir aportar las evidencias que es el Estado el que indebidamente no ha conseguido aportar Şirin Yılmaz contra Turquía de 29 de octubre de 2004, partly dissenting opinion of judge Bonello, párr. 3 y 5.*

⁴¹ De hecho aun de no existir una base probatoria suficiente como para poder sostener, más allá de toda duda razonable, que el desaparecido fuese asesinado por agentes del Estado (párr 65) justamente en aquellos casos en que la desaparición se dé en circunstancias en las que quepa temer por la vida la obligación de investigar ha de permanecer necesariamente intacta, subrayándose además cómo *«the more time passes without any news of the person who has disappeared, the greater the likelihood that he or she has died»*, idem, párr. 69; mientras que, muy por el contrario, el Tribunal apreciará como: *«within the context of the investigations initiated in October 1999 by the Bismil and Diyarbakır public prosecutors into the disappearance of Mehmet Şah Şeker, the only serious step that the public prosecutors took was to obtain statements from four persons and to request the custody records of 8-11 October 1999 from the Security Directorate and the Gendarmerie Command in Bismil»*, idem, párr. 71; junto a ello en *Taniş y otros contra Turquía*, se señalará: *«The apathy displayed by the investigating authorities poignantly bears out the importance attached to the prompt judicial intervention required by Article 5 §§ 3 and 4 of the Convention which may lead to the detection and prevention of life-threatening measures in violation of the fundamental guarantees contained in Article 2»*, *Taniş y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de noviembre de 2005, párr. 208; en *Timurtas contra Turquía* se señalará: *«The Court is in particular struck by the fact that it was not until two years after the applicant's son had been taken into detention that enquiries were made of the gendarmes in Şirnak. (...) The lethargy displayed by the investigating authorities poignantly bears out the importance of the prompt judicial intervention required by Article 5 §§ 3 and 4 of the Convention, Timurtas contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 2000, párr. 89; y en *Tahsin Acar contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril del 2004, junto a otras carencias se tomaría igualmente constancia del inicio de las investigaciones tan sólo tres meses después, párrafo 220; por su parte en *Ognyanova y Choban contra Bulgaria*, el inicio efectivo de las investigaciones más de seis meses después de la muerte de Mr. Stefanov, con una duración posterior de éstas de casi cinco años únicamente para realizar, en cambio, una mínima actividad investigadora, salpicada además de largos periodos de inactividad (párr. 114) y, muy especialmente, la toma en consideración de la carencia de objetividad de la misma, llevará a apreciar también la violación del artículo 2 en su dimensión procesal: *«the investigation lacked the requisite objectivity and thoroughness, a fact which undermined its ability to establish the cause of Mr. Stefanov's death and injuries. Its effectiveness cannot, therefore, be gauged on the basis of the number of reports made, witnesses questioned or other investigative measures taken»*, *Ognyanova y Choban contra Bulgaria*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 febrero 2006, párr. 113.

concluir la existencia de responsabilidad por parte del Estado demandado respecto la desaparición de los dos hombres en relación al artículo 2 de la Convención»⁴².

Y aún cuando en el caso de los desaparecidos del franquismo habrá de ser tenida en cuenta la imposibilidad de iniciar la búsqueda e investigación hasta el reestablecimiento del Estado Democrático, parece difícilmente reconciliable una tal dicotomía entre la ratificación por parte de España, desde 1979, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y lo posteriormente (no) actuado por nuestras autoridades democráticas frente al consabido mantenimiento en el tiempo de tales situaciones —la consumación permanente de tales delitos—.

Ciertamente los deberes de «*promptness and reasonable expedition*» de las actuaciones, que deben ser valorados *dentro de las concretas circunstancias y obstáculos del caso*, como hemos apenas apuntado con la jurisprudencia reconocible desde *Kelly contra el Reino Unido*⁴³, pero incluso constatada en nuestro caso la gravísima entidad, y efecto intimidatorio, del intento de golpe de Estado contra las instituciones democráticas españolas en 1981, al poco de ser promulgada nuestra Constitución, parece difícilmente argumentable la ausencia de toda actuación a este respecto, a lo largo de las últimas dos décadas, en algún momento posterior tras la propia entrada en la Unión Europea y la definitiva consolidación de nuestro sistema democrático.

Tal y como nos mostrará el fallo *Bazorkina contra Rusia* —donde algunos de los interrogatorios serían igualmente omitidos hasta cuatro años y cuatro meses después de perpetrada la desaparición—: la comprensión de determinadas circunstancias excepcionales no representará en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos ningún tipo de carta en blanco en cuanto a la legitimación del retraso en el cumplimiento del deber de investigar crímenes de una tal gravedad:

De hecho, pareciera que la mayoría de las acciones necesarias para resolver el crimen ocurrieron únicamente después de diciembre de 2003, cuando la demanda del recurrente fue comunicada al gobierno. Tales retrasos por sí mismos considerados no es que hayan podido sino que han tenido un negativo impacto en el propósito de llegar a la verdad. Incluso aceptando, en alguna medida, que una explicación para tales retrasos pudiera haberse fundado en las excepcionales circunstancias que han prevalecido en Chechenia y a las que se refiere el Gobierno, la Corte estima que en el presente caso, todo ello excede claramente toda posible limitación de eficiencia que pudiera ser tolerable en el abordaje de un crimen de una semejante gravedad⁴⁴.

A lo que todavía habrá que sumar, como nos mostrará una vez más el caso de la fosa común chechena en *Luluyev y otros contra Rusia*, el propio retraso en dar el reconocimiento de la condición de víctima de tales crímenes a *los familiares* representará, en sí mismo, otro elemento temporal especialmente tomado en consideración por el Tribunal Europeo en cuanto al establecimiento de la violación del derecho a la vida en el sentido procesal que aquí nos ocupa⁴⁵.

⁴² *Taniş y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de noviembre de 2005, 208 y 210; concluyendo todavía: «*In the light of the foregoing (see paragraphs 206-09 above), the Court finds that the investigation carried out into the disappearance of the applicants' next-of-kin was inadequate and, therefore, in breach of the State's procedural obligations to protect the right to life. The Court accordingly dismisses the Government's preliminary objection (see paragraphs 190-91 above) and holds that there has also been a breach of Article 2 of the Convention on that account*», Idem, párr. 211.

⁴³ Remitimos de nuevo a *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 97, así como, en el mismo sentido, a *Seker contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2006, párr. 68; igualmente *Gongadze contra Ucrania*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2006, párr. 177, entre otros.

⁴⁴ *Bazorkina contra Rusia*, Sentencia de 11 de diciembre de 2006, párr. 121; en el mismo sentido y en idéntico contexto checheno, vid. *Baysayeva contra Rusia*, Sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 2007, párr. 127.

⁴⁵ *Luluyev y otros contra Rusia*, ob cit, párr. 100: «*Finally, there has been a substantial delay in granting victim status to the applicants. It was not until December 2000 that the decision to grant victim status*

En definitiva, que en el caso español hayan sido las propias autoridades del Estado —las de la democracia en las últimas décadas casi tanto como las de la dictadura anteriormente—, las que se hayan desentendido tan largo tiempo de dicha tarea, no puede ser excusa, ahora, para el definitivo abandono de sus funciones en materia de justicia y tutela de los derechos humanos ante víctimas de crímenes internacionales, sino, en todo caso, motivo de un mayor celo indagatorio, y uso de las últimas tecnologías hoy disponibles en la recopilación de pruebas y el examen del lugar de los hechos.

Al tiempo que, a la luz de todo ello, y haciendo nuestros los argumentos de Mularoni, nos cabrá preguntarnos aquí por una paralela toma en consideración del artículo 14 del Convenio Europeo (no discriminación), en tanto que también apreciable en nuestro propio caso español la concurrencia de tales déficit de tutela estatal debida en torno a las víctimas de un determinado colectivo humano —en nuestro caso el de los defensores de la Segunda República española—, de forma autónoma ya a la propia violación del artículo 2⁴⁶.

b) Vulneración del artículo 2 del Convenio Europeo por consagrar ahora la definitiva ausencia, *de iure*, de una *investigación oficial efectiva*: la deficiente regulación legislativa del deber de proteger la vida.

Si la omisión, hasta ahora *de facto*, de una tal investigación efectiva e independiente en los términos analizados resulta ya contraria al Convenio Europeo, la pretendida consagración de ello mismo *de iure*, ex artículo 13 de la ley «de la memoria», nos parecerá igualmente enfrentada con otro aspecto —acaso menos desarrollado jurisprudencialmente, pero en todo caso reconocible— en cuanto al deber del Estado de proteger la vida en el ámbito del artículo 2: el propio deber de una adecuada organización del Estado, y todos sus órganos e instituciones, de modo no contradictorio con dicha obligación internacional.

Y dicho inadecuado funcionamiento de los agentes y autoridades del Estado será lo que terminará determinando una tal legislación «de la memoria» de obligado cumplimiento interno en términos conflictuales con las obligaciones internacionales del Estado a tal respecto; así tal y como nos mostrará la Jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos en pronunciamientos como *Makaratzis contra Grecia*, de 20 de diciembre de 2004⁴⁷ ante un supuesto de ausencia de establecimiento de un marco normativo que impidiese que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado ejerciesen su deber «en el vacío» en materia de uso de la fuerza, o en *Öneryildiz contra Turquía* —donde quedará igualmente de manifiesto que la obligación positiva de tomar todas las medidas necesarias para la protección de la vida, en el sentido del artículo 2, implica, ante todo, para los Estados el deber primordial de establecer un adecuado marco legislativo y administrativo⁴⁸, acorde con los deberes hacia el Convenio— mientras en *Byrzykowski contra Polonia* se recordará como la debida tutela del derecho a la vida, aun si no tiene porque determinar la obligación del Estado de penalizar determinadas conductas, lo que sí determinará, en todo caso, será la garantía de un funcionamiento independiente y eficaz del sistema de justicia que permita indagar

to the second applicant was taken, thus affording him minimum guarantees in the criminal proceedings. Moreover, even after victim status had been granted, information concerning the progress of the investigation was provided to him only occasionally and in part»; vid así mismo los párrs. 111-113, así como 117.

⁴⁶ Vid. Su voto particular en *Dizman contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre 2005, así como el igualmente formulado en *Kipmir contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de mayo de 2005, *Yasin atep contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 mayo 2005 y *Koku contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005.

⁴⁷ *Makaratzis contra Grecia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 20 de diciembre de 2004, párr. 59 y 71, incumpléndose ya con ello mismo, dicha obligación positiva del Estado hacia el derecho a la vida en tal contexto; Vid. En el mismo sentido Gollwitzer, W. (2005): *Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR. Kommentar*, De Gruyter Recht, Berlin, pág. 159.

⁴⁸ *Öneryildiz contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2004, párr. 89.

y determinar la causa de la muerte, respecto lo cual las obligaciones del Estado no serán satisfechas si la protección producida por ley doméstica existe solamente en teoría: por encima de todo debe también funcionar con eficacia en la práctica⁴⁹.

c) Obstaculización en la práctica de un recurso *efectivo* por omisión de las funciones del Estado: la consustancial afectación del artículo 13 del Convenio Europeo.

Por último, y junto a la propia vulneración del artículo 2 del Convenio Europeo, habrán de ser igualmente resaltadas las consecuencias de todo ello respecto la paralela vulneración del artículo 13 del mismo, en cuanto a la constatable obstaculización *de facto* —más allá de lo teóricamente recogido en la legislación nacional— del acceso de víctimas y allegados a un recurso efectivo, como consecuencia de dicha misma ausencia de una investigación efectiva e independiente por parte de las autoridades.

Nos hallamos aquí ante una línea igualmente consolidada y reconocible en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya en Kurt contra Turquía señalaría:

El objetivo de la obligación bajo el artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de la pretensión del demandante al amparo de la Convención. Sin embargo, el remedio requerido por el artículo 13 debe ser «efectivo» en la práctica así como en ley, particularmente en el sentido de que su ejercicio no debe ser injustificadamente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado⁵⁰.

O como ha sido igualmente observado, por su parte, por el Comité de Derechos Humanos en cuanto al alcance de las obligaciones internacionales en materia de *recurso efectivo* ante el fundamental *Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁵¹: no sólo se requerirá que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados —de modo que si ésta no es otorgada la obligación de proporcionar un recurso efectivo no se cumple⁵²—, sino que «el derecho a un recurso efectivo *puede en algunas circunstancias hacer necesario que los Estados Partes adopten y apliquen medidas provisionales para evitar violaciones constantes y para reparar lo más pronto posible cualquier daño que se pueda haber causado de resultas de esas violaciones*»⁵³. En resumen: «la falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto. *El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz*»⁵⁴.

⁴⁹ Y así, en palabras del Alto Tribunal «*the obligations of the State under Article 2 of the Convention will not be satisfied if the protection afforded by domestic law exists only in theory: above all, it must also operate effectively in practice within a time-span such that the courts can complete their examination of the merits of each individual case*», *Byrzykowski contra Polonia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2006, párr. 105. En otros casos se regresará sobre la cuestión de la imparcialidad como en *Kakoulli contra Turquía*, de 22 noviembre 2005, donde el Tribunal Europeo tomará cuenta de un alto número de significativas omisiones que arrojarán dudas sobre la efectividad e imparcialidad de la investigación en cuestión (párr 125), y con especial incidencia para nuestro propio caso, habida cuenta de las carencias de la autopsia: «*Thus, the failure of the autopsy examination to record fully the injuries on Petros Kakoulli's body hampered an assessment of the extent to which he was caught in the gunfire, and his position in relation to the soldiers on guard duty. In this context, the Court reiterates that the purpose of a post-mortem examination is to elucidate the circumstances surrounding the death, including a complete and accurate record of possible signs of injury and an objective analysis of clinical findings (see in that connection the Model Autopsy Protocol annexed to the Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions adopted by the United Nations in 1991, which emphasises the necessity in potentially controversial cases for a systematic and comprehensive examination and report to prevent the omission or loss of important details, and is referred to in Gül, cited above, § 89)*», *Idem*, párr. 126.

⁵⁰ *Kurt contra Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, párr. 139.

⁵¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 27 de abril de 1977, BOE n. 103 de 30/4/1977.

⁵² Observación general n. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004) pto. 16.

⁵³ Observación General 31, ob cit, pto 19, cursivas propias.

⁵⁴ Observación General 31, ob cit, pto 15, cursivas propias.

A la luz de ello mismo, y en sintética exposición de la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Akhmadova y Sadulayeva contra Rusia*, de 12 de noviembre de 2007:

*Dada la fundamental importancia del derecho a la protección de la vida, el artículo 13 requiere, junto al pago de una compensación apropiada, una investigación pormenorizada y eficaz, capaz de llevar a la identificación y al castigo de los responsables de la privación de la vida y de infligir un tratamiento contrario al artículo 3, incluyendo un acceso eficaz del denunciante al procedimiento de la investigación que lleva a la identificación y al castigo de esos responsables*⁵⁵.

Y con idéntica contundencia se expresaría el Alto Tribunal ante el caso *Kurt contra Turquía*⁵⁶, fallando a favor de la pretensión de los familiares de apreciarse la violación de dicho artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en especial a la vista de la ausencia de toda «seria consideración» otorgada al caso por parte de la fiscalía nacional a la situación de desaparición⁵⁷.

Finalmente, el mero hecho de que junto a la completa ausencia de una tal investigación el artículo 13 de la «ley de la memoria» contemple además la posibilidad de *oposición* a que dichos restos mortales de las víctimas del crimen sean debidamente localizados y examinados, no hará sino ahondar en el sentido de dicha misma *obstaculización indebida* por acción u omisión del Estado, en su formulación de las distintas actuaciones.

IV. Conclusiones: la reestablecida democracia española en la encrucijada de la legalidad internacional de los derechos humanos ante el caso de los desaparecidos del franquismo.

Dicho mismo desenfoque de toda esta cuestión por parte de la «nueva» regulación introducida por la «ley de la memoria» habrá de llevarnos, por último, a la constatación de la existencia de otros aspectos críticos a este mismo respecto —singularmente la técnica de limitación de la participación de las asociaciones en función de la constitución de las mismas con fecha anterior a primero de junio de 2004 tal y como contempla el inciso final del artículo 11.1⁵⁸—; si bien, y como hemos tratado de apuntar, el

⁵⁵ *Akhmadova y Sadulayeva contra Rusia*, Sentencia del 12 de noviembre de 2007, párr. 125; vid. igualmente *Baysayeva contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 2007, párr. 157; en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Estado en Velásquez Rodríguez está en el deber jurídico de «investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción», ha de tener la concreta finalidad de identificar a los responsables, e imponerles las sanciones pertinentes así como «asegurar a la víctima una adecuada reparación». Ambas citas, *Velásquez-Rodríguez contra Honduras*, ob cit. párr. 174; así y junto a dicho caso, y al caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, nos cabrá referir igualmente, y con Dondé Matute, el fallo Paniagua Morales y otros de 8 de marzo de 1998, párr. 157 y ss y 173 y ss. Vid. el apdo. «Obligación de investigar y sancionar», Dondé Matute, J. (2006): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relevancia para el Derecho penal internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), Méjico, pág. 224.

⁵⁶ «*In the view of the Court, where the relatives of a person have an arguable claim that the latter has disappeared at the hands of the authorities, the notion of an effective remedy for the purposes of Article 13 entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the relatives to the investigatory procedure*», *Kurt contra Turquía*, ob cit, párr. 140.

⁵⁷ «*The Commission found that the applicant had brought the substance of her complaint to the attention of the public prosecutor. However, her petitions received no serious consideration. The public prosecutor was not prepared to inquire further into the report issued by the gendarmes that her son had not been detained; no statements were taken from the soldiers or village guards who were involved in the military operation in the village and the inadequacy and ineffectiveness of the investigation were further compounded by the fact that the task of taking witness statements from villagers was entrusted to the gendarmes against whom the complaint had been made (see paragraph 38 above). For these reasons the Commission found that the authorities were in breach of Article 13*», *Kurt contra Turquía*, ob cit, párr. 138.

⁵⁸ Como ya hemos visto «Lo previsto en el párrafo anterior podrá aplicarse respecto de las entidades que, constituidas antes de 1 de junio de 2004, incluyan el desarrollo de tales actividades entre sus fines»; anómala diferenciación ésta, que —en contraste con otras asociaciones que pudiesen haber sido constituidas con posterioridad a dicha fecha o incluso constituibles en el futuro dentro de unos fines igualmente

problema esencial viene representado por el propio recurso a una tal impropia delegación de funciones estatales, de modo que las propias deficiencias identificables dentro de una tal anómala lógica han de resultarnos, ya, de un evidente segundo orden más allá de nuestro específico objeto de estudio: lo que creemos plenamente rechazable es ya el mismo modelo de *auto restitutio familiar* seguido por la misma.

Otro será, en definitiva, el verdadero problema de fondo de toda esta cuestión: *la obligación de reparar que se regula, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno*⁵⁹. A la luz de ello mismo tanto la crítica regulación de la ley de la memoria aquí analizada, como los restantes deberes de reparación y justicia que nuestras instituciones democráticas continúan sin abordar tras largos años, no puede dejar de representar una *huida hacia delante*, meramente vigente en lo doméstico en tanto no sean objeto de acciones en lo internacional —como pudiera llegar a ser el caso ante toda una tal abrumadora serie de precedentes jurisprudenciales en torno a la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo—; o de una más deseable revisión y toma de conciencia de nuestras mismas instituciones en torno al verdadero alcance de las responsabilidades que le conciernen respecto todos estos miles de víctimas y sus familias a la luz de los deberes internacionales asumidos por nuestro Estado en materia de derechos humanos.

Para que el derecho a la vida de toda persona quede debidamente protegido por la ley en los términos requeridos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, sin discriminación alguna hacia ningún grupo político concreto, ni de ninguna otra índole, por parte de nuestras instituciones; y el derecho a un recurso *efectivo* también.

Por ello, y al contrario de lo actuado por nuestro legislador con la reedición del aludido modelo *auto-restitutivo*, lo que habría que introducir en nuestro ordenamiento en atención al deber de *adecuada organización del Estado y todos sus órganos e instituciones* en relación al derecho a la vida, se asemeja más al modelo de *restitución estatal a dos órganos* —Comisión gubernamental de búsqueda de los desaparecidos del franquismo y Base Nacional de Datos Genéticos—, promovida en los fallos *Molina Theissen contra Guatemala* y *Serrano Cruz contra el Salvador* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁰; acaso a tres —resultando igualmente congruente la propuesta de crear una fiscalía especializada formulada por Amnistía Internacional y en la línea, también, con lo contemplado por el artículo 12.3.a) de la nueva *Conven-*

légimos— resulta de mal encaje a la luz del derecho fundamental de asociación recogido en el artículo 22 de nuestra Constitución —más aún a la luz del expreso llamamiento en este sentido del artículo 24.7 de la Convención Internacional contra las Desapariciones forzadas de «garantizar», —el derecho a formar y participar libremente en organizaciones y asociaciones que tengan por objeto contribuir a establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas—, en lo que se muestra una técnica legislativa también a este respecto altamente cuestionable para acotar las organizaciones participantes en el ámbito de dicha anómala delegación de funciones de tutela, en lo que en su caso podía haber quedado referido como asociaciones de una determinada antigüedad desde su constitución si la pretensión era la de contar con organizaciones de una solvencia acreditada en el tiempo.

⁵⁹ *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de marzo de 2005, ob cit., párr. 135-136.

⁶⁰ Me remito así a tal respecto a mi estudio «Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado...», ob cit. De hecho, dicho mismo deber de establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental sería igualmente consagrado en el *Caso Barrios Altos* en tanto que, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos, *Barrios Altos contra Perú*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2001, párr. 45; a este respecto la propia Corte señalaría: el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o 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 que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención», Idem, párr. 48.

ción internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas—⁶¹.

En definitiva: la necesidad de una urgente revisión de la ley «de la memoria» en cuanto a su adecuación a los extremos analizados, y su no interferencia con el deber de España de llevar a cabo una *investigación oficial efectiva e independiente*, como auténtica encrucijada —en sí misma expresiva de otras cuestiones de fondo—, para el conjunto de nuestras reestablecidas instituciones democráticas.

novedad estrotta

ÉTIENNE DE LA BOÉTIE

Discurso de la servidumbre voluntaria

ABŪ NASR AL-FĀRĀBĪ

Obras filosóficas y políticas

BENJAMIN CONSTANT

De la religión considerada en sus fuentes, formas y desarrollo

LUIGI FERRAJOLI

Democracia y garantismo

HANS KÜNG y ANGELA RINN-MAURER

La ética mundial entendida desde el cristianismo

PAUL RICOEUR

Lo justo II. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN y RAFAEL ESCUDERO ALDAY (eds.)

Derecho y memoria histórica

HILARY PUTNAM y JÜRGEN HABERMAS

Normas y valores

RUDOLF VON JHERING

Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico

MAURO BARBERIS

Ética para juristas

MARCO REVELLI

La política perdida

MOISEI OSTROGORSKI

La democracia y los partidos políticos

JOSÉ LUIS GORDILLO

Nostalgia de otro futuro. La lucha por la paz en la posguerra fría

PEDRO M. SASIA y CRISTINA DE LA CRUZ

Banca ética y ciudadanía

JACQUES DERRIDA

El animal que luego estoy sí(gui)endo

HANS KELSEN

La paz por medio del derecho (2ª ed.)

EDITORIAL TROTТА

Tel. 34 91 543 03 61 - editorial@trotta.es
Ferraz 55. 28008 Madrid
visita la NUEVA WEB WWW.TROTТА.ES

⁶¹ Véanse, en particular, el primer y tercer informe formulado en relación a la impunidad de los crímenes del franquismo: Amnistía Internacional: (2005): *España: poner fin al silencio y a la injusticia, la deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista*, documento electrónico, <http://www.es.amnesty.org/paises/espana/>; —(2006): *Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: no hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de «derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo*, documento electrónico, <http://www.es.amnesty.org/paises/espana/>; en cuanto a la cuestión de las Bases de Datos Genéticos, y como sexta propuesta del plan de Acción del Equipo Nizkor se señalaría la necesidad de proceder a una «Normalización legislativa de los bancos de datos de ADN para la identificación de víctimas, procediendo al registro judicial de las muestras de los restos de las víctimas, así como las de los familiares que lo soliciten, y creando los parámetros de reconocimiento que surjan de la experiencia antropológico forense y sociológica», *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, ob cit.