

La contribución de la AEDIDH al desarrollo de la justicia de transición en España

Carlos Villán Durán

Presidente de la Asociación Española para el Derecho
Internacional de los Derechos Humanos

I. Introducción. II. Tribunales españoles. III. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias. IV. Comité de Derechos Humanos. V. Comité contra la Tortura. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Desde su creación en 2004, la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), hoy integrada por 109 personas expertas en DIDH de España y América Latina, decidió establecer puentes de comunicación entre el mundo académico, las instituciones públicas y la sociedad civil, a fin de contribuir a la construcción de la paz a través del derecho.

En el plano internacional, esto supuso abogar por el reconocimiento de la paz como derecho humano. A esos fines, la AEDIDH condujo una Campaña mundial a favor del derecho humano a la paz, que tuvo como punto de partida la aprobación de la *Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz* en 2006.¹ Durante cuatro años (2007-2010) la *Declaración de Luarca* fue consultada con personas expertas de todas las regiones del mundo y sometida a la consideración del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, instando a sus Estados miembros a iniciar la codificación oficial del emergente derecho humano a la paz.² En 2010 el Consejo de Derechos Humanos encargó a su Comité Asesor la redacción de una declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz. Paralelamente, la sociedad civil terminó su codificación «privada» con la aprobación el 10 de diciembre de 2010 de la *Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz* y de los estatutos del Observatorio Internacional del Derecho Humano a la Paz (OIDHP).³

¹ Vid. C. R. RUEDA CASTAÑÓN y C. VILLÁN DURÁN (eds.): *La Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz*, 2.^a ed., Granda-Siero: Madú, 2008, 560 pp. También disponible en <http://www.aedidh.org/?q=node/409>

² Vid. C. VILLÁN DURÁN y C. FALEH PÉREZ (eds.): *Contribuciones regionales para una Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz*, Luarca: AEDIDH, 2010, 640 pp. También disponible en http://aedidh.org/sites/default/files/Contribuciones-regionales_0.pdf

³ Vid. C. VILLÁN DURÁN y C. FALEH PÉREZ: «El liderazgo de la sociedad civil en la codificación

El Consejo de Derechos Humanos estableció en julio de 2012 un grupo de trabajo para continuar la redacción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho a la paz,⁴ a partir del proyecto de declaración que había sido adoptado por su Comité Asesor en abril pasado.⁵ Esta declaración hizo suyas el 85 % de las normas propuestas por la sociedad civil en la *Declaración de Santiago*. Entre ellas, cabe destacar el art. 11.1 del texto del Comité Asesor dedicado a «los derechos de las víctimas», que afirma:

Toda víctima de una violación de los derechos humanos tiene, conforme a las normas internacionales de derechos humanos, un derecho imprescriptible a conocer la verdad y a que se restablezcan los derechos conculcados; a que se investiguen los hechos y se identifique y castigue a los culpables; a obtener una reparación integral y efectiva, lo que incluye el derecho a rehabilitación e indemnización; a medidas de satisfacción o reparación simbólica; y a que se garantice que esos actos no se repetirán.

Esta disposición, unánimemente reivindicada por la sociedad civil internacional, tiene el mérito de recoger los avances más significativos del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante: DIDH) en los últimos años, respaldados por las mejores prácticas en materia de justicia de transición, decisivamente apoyadas por las Naciones Unidas. Parte de la premisa de que la recuperación de la paz social después de un conflicto armado, en el que se han producido graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, solamente es posible si se atiende debidamente a los derechos de las víctimas de esas violaciones. El trinomio **verdad-justicia-reparación** resume cabalmente la teoría y la práctica desarrolladas en el plano internacional, siendo aplicable a toda situación de justicia de transición. Y, como ha reconocido el Comité Asesor a pedido de la sociedad civil, también es parte inherente del emergente derecho humano a la paz.

La situación española no puede seguir constituyendo una excepción, porque es jurídicamente contraria al DIDH, políticamente inaceptable y moralmente censurable. Partiendo de esta convicción, la AEDIDH llevó a cabo un plan de litigio estratégico ante los tribunales españoles y las Naciones Unidas, que puso al descubierto las enormes carencias del sistema jurídico-político español para enfrentar correctamente el permanente desafío que supone reconocer los derechos de las víctimas de crímenes internacionales producidos durante la Guerra Civil y la posterior represión franquista, por mucho tiempo que haya transcurrido desde entonces.

internacional del derecho humano a la paz», en C. VILLÁN DURÁN y C. FALEH PÉREZ (eds.): *Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos*, Lueca: AEDIDH, 2012, 200 pp., 19-54. Los anexos II y III de esta obra reproducen respectivamente los textos de la *Declaración de Santiago* (pp. 161-180) y de los estatutos del ODHDP (pp. 181-191). También disponible en <http://www.aedidh.org/sites/default/files/Paz-migraciones-y-LD-de-los-Pueblos.pdf>.

⁴ Resolución 20/15, de 5 de julio de 2012, aprobada por 34 votos a favor (Estados africanos, asiáticos y latinoamericanos), 12 abstenciones (Estados europeos e India) y uno en contra (Estados Unidos).

⁵ A/HRC/20/31, de 16 de abril de 2012, anexo.

II. Tribunales españoles

La Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del Franquismo presentó el 15 de diciembre de 2006 ante la Audiencia Nacional una denuncia colectiva reclamando la investigación judicial de miles de casos de desapariciones forzadas, que habían ocurrido en España durante la Guerra Civil y posterior represión franquista. Por reparto, la denuncia recayó en la competencia del Juzgado de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, cuyo titular era el entonces magistrado Baltasar Garzón.

A solicitud de las Asociaciones de familiares de las víctimas, la AEDIDH elaboró un primer dictamen sobre la cuestión de las desapariciones forzadas y otros crímenes contra la humanidad, que fueron perpetrados en España durante la Guerra Civil (1936-1939) y la subsiguiente dictadura franquista (1939-1975).⁶

Los fundamentos jurídicos que, en correcta aplicación del DIDH, debían conducir al magistrado a iniciar la investigación judicial de los hechos denunciados, fueron los siguientes:

En primer lugar, desde su ingreso en las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1955, España asumió la obligación constitucional de tomar medidas para respetar efectivamente los derechos humanos y libertades fundamentales que el derecho internacional universalmente reconoce.⁷ En realidad esta obligación ya existía, pues formaba parte del derecho internacional consuetudinario en vigor y obligatorio para España, ya que en derecho internacional la costumbre posee el mismo valor jurídico que el tratado internacional, siendo por tanto fuente de derecho idónea para imponer a los Estados obligaciones jurídicas, incluso en el ámbito de las relaciones del Estado con los particulares, gozando de la misma jerarquía suprallegal e infraconstitucional que la Constitución de 1978 reconoce a los tratados internacionales.

⁶ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura*. Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, 30 de abril de 2008, 52 pp. Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AEDIDH.pdf>

El dictamen fue presentado ante el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional en la causa «diligencias previas 399/2006». *Vid.* también C. VILLÁN DURÁN y C. FALEH PÉREZ: «Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 16 (2008), 51 pp. Accesible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num16>.

⁷ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, *cit.*, p. 8.

En segundo lugar, y a tenor de la jurisprudencia del TC en materia de acceso de toda persona a la justicia,⁸ a España como Estado parte en el PICDP le es oponible la obligación de debida diligencia para adoptar todas las medidas necesarias a fin de prevenir o investigar, castigar, o reparar las violaciones de los derechos humanos producidas, ya sea por acciones u omisiones de los agentes del Estado o atribuibles a los particulares.⁹

En tercer lugar, según el Proyecto de Artículo sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional,¹⁰ «todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional» (art. 1). Y se produce el hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando su comportamiento, consistente en una acción u omisión, «a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado» (art. 2).

Por lo tanto, todas las acciones y omisiones que fueron cometidas, ordenadas, planificadas o instigadas desde 1936 por el movimiento de sublevación militar anticonstitucional, pasaron a convertirse en hechos ilícitos de España en virtud de los principios de continuidad de la personalidad del Estado y de continuidad entre el movimiento insurrecto y el nuevo gobierno violentamente instaurado.¹¹

En cuarto lugar, la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*¹² reconoce el carácter permanente del delito de desaparición forzada «mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos» (art.17.1).

En quinto lugar, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*,¹³ reconoció que «la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad» y por ende, imprescriptible conforme al derecho internacional (art. 5). En casos aislados de desaparición, si la ley interna prevé un plazo de prescripción de la acción penal, este

⁸ STC, 95/2003, de 22 de mayo de 2003, FJ 5, párr. 2. La sentencia acudió al DIDH para interpretar el alcance del art. 24 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva). Concluyó que tal derecho abarca a «todas las personas» en aplicación del art. 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos reconocidos en la Constitución conforme a la DUDH y los tratados internacionales que haya suscrito España en la materia, siendo por tanto de aplicación el art.10 DUDH, el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el art. 14.1 PICDP. Los textos internacionales citados reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva a «todas las personas», con independencia de su nacionalidad (STC 99/1985 de 30 de septiembre [RTC 1985/99], FJ 2).

⁹ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit., p. 13.

¹⁰ Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

¹¹ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit., p. 27.

¹² Resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992.

¹³ Resolución 61/177 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2006. Ratificada por 32 Estados, incluida España. En vigor desde el 24 de septiembre de 2009.

deberá ser «prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito»; y tal plazo «se debe contar a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito» (art. 8.1). Por último, el Estado garantizará a las víctimas de desaparición forzada «el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción» (art. 8.2).

En sexto lugar, cuando ocurrieron los hechos denunciados en España ya estaba en vigor la llamada *Cláusula Martens*, principio esencial del derecho internacional humanitario que fuera codificado en el *IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre*.¹⁴ Según la referida cláusula, «...los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública».

Por tanto, los Estados reconocieron entonces que las normas consuetudinarias que se codifican en el reglamento anexo al citado Convenio, son la regla general aplicable a los beligerantes en el marco de un conflicto armado, lo mismo que a las relaciones entre los pueblos. En los casos no comprendidos en el citado reglamento, pueblos y beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio del Derecho de Gentes dimanante de los usos establecidos entre naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y exigencias de la conciencia pública.¹⁵

En consecuencia, la AEDIDH sostuvo que en España los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el inicio de la Guerra Civil y durante la posterior represión franquista fueron ejecutados o estaban conectados con un conflicto armado en el que se produjeron también violaciones de las leyes y usos de la guerra. Por consiguiente, durante y después de la guerra, tanto los beligerantes como el bando vencedor estuvieron obligados en todo momento a respetar las leyes y usos de la guerra que formaban parte del derecho internacional consuetudinario y que además habían sido codificados en tratados que España había suscrito con anterioridad a la Guerra Civil.¹⁶

Los fundamentos jurídicos del dictamen de la AEDIDH fueron ampliamente recogidos en el auto de 16 de octubre de 2008 del entonces titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, el magistrado Baltasar Garzón. En efecto, el magistrado se declaró competente «para el conocimiento de las denuncias presentadas por Asociaciones para la recuperación de la memoria histórica que pusieron en conocimiento del Juzgado la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento, y solicitan la tutela

¹⁴ Firmado por España el 29 de julio de 1899 y ratificado el 4 de septiembre de 1890.

¹⁵ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit., p. 35.

¹⁶ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit., p. 38.

judicial para la exhumación e identificación de los cadáveres y así poder honrarlos y homenajearlos».¹⁷

El magistrado reconoció que los hechos denunciados nunca habían sido investigados penalmente por la justicia española, por lo que la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad.

Además, el magistrado afirmó la existencia de legislación internacional de obligado cumplimiento para España en el momento de la comisión de los crímenes internacionales durante la Guerra Civil y la posterior dictadura. En concreto, se refirió al derecho internacional humanitario que estaba en vigor en el momento de la comisión de tales crímenes, como la Convención de Ginebra de 1864, con la que se dio comienzo a la codificación del derecho humanitario, así como las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre Leyes y Usos de la Guerra. La primera de estas dos últimas incluía la denominada *Cláusula Martens*. Por lo que «los crímenes atroces cometidos con posterioridad al 17 de julio de 1936, tenían ya, en aquella época, la categoría de actos prohibidos por el *ius in bello* (derecho de la guerra) e integraban la categoría de crímenes contra las Leyes y Costumbres de la Guerra y Leyes de Humanidad».¹⁸

También reconoció el magistrado la categoría jurídica de crimen contra la humanidad, que se caracteriza por agredir a la persona «en sus derechos más elementales como la vida, la integridad, la dignidad, la libertad, que constituyen los pilares sobre los que se constituye una sociedad civilizada y el propio Estado de Derecho».¹⁹ En el marco del conflicto,

los rebeldes pretendieron alzarse contra el Gobierno legítimo y exterminar a los opositores, en forma sistemática... Quienes se alzaron o rebelaron contra el Gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra los Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas, torturas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos, y provocaron el exilio forzoso de miles de personas.²⁰

Justificó así que los crímenes que se cometieron durante la Guerra Civil y los primeros años del franquismo por parte del bando golpista formaron parte, en sus palabras, de

un plan de ataque sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a

¹⁷ Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, diligencias previas, procedimiento abreviado 399/2006V, auto de 16 de octubre 2008, FJ1, párr. 1.

¹⁸ *Ib.*, FJ.2, p. 7.

¹⁹ *Ib. id.*, FJ 3, p. 16.

²⁰ *Ib. id.*, p. 17.

partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español.²¹

Estas acciones eran ya consideradas delitos ordinarios en 1936, mucho antes de la Ley Orgánica 15/2003 que introdujo el artículo 607 bis en el CP español, que desde entonces tipifica en el ordenamiento jurídico español los delitos de lesa humanidad.

El magistrado aceptó igualmente la retroactividad de la ley penal cuando se trata de delitos considerados de lesa humanidad «según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional» (art. 15.2 PIDCP). Aunque tales principios fueron formalmente incorporados al Código Penal español con posterioridad, los hechos denunciados constituyeron crímenes de lesa humanidad conforme al derecho internacional de la época. En efecto, se cometieron

como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.²²

A mayor abundamiento, el magistrado consideró que los hechos denunciados «estaban ya descritos y penados en el Código Penal de 1932 y, en consecuencia, los delitos cometidos a partir del alzamiento o rebelión militar de 1936 forman parte, indudablemente, del delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero». Para el juzgador,

la no vulneración del principio de irretroactividad penal deriva ante todo del hecho de que, al margen de ese contexto, ya eran conductas delictivas en el momento del comienzo de su ejecución, poco antes de la Guerra Civil, y siguen cometiéndose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes.²³

En sexto lugar, la posibilidad de amnistiar los hechos es contraria a la continuidad delictiva de los mismos. Así, el auto que nos ocupa estableció que «la acción se sigue produciendo hasta el día de la fecha y, por ende, después de las leyes de amnistía» de octubre de 1977 y 1984, por lo que ambas deben interpretarse «a la luz del Derecho Internacional Humanitario que prohíbe medidas generales de gracia (indultos, amnistía) que impidan la exigencia de responsabilidades criminales a los responsables de violaciones graves de los Derechos Humanos».²⁴

Además,

²¹ *Ib. id.*, p. 3.

²² *Ib. id.*, FJ 8, p. 34.

²³ *Ib. id.*, FJ 9, pp. 39-40.

²⁴ *Ib. id.*, FJ 10, p. 47.

parece claro que no pueden considerarse incluidos en este artículo (art.1 de la Ley 46/1977), ni en el artículo segundo (delitos de rebelión y sedición) los hechos y delitos que con arreglo a las normas de derecho penal internacional son catalogados como crímenes contra la humanidad y por tanto, sin naturaleza de delito político. Frente a esta naturaleza, ninguna ley de amnistía puede oponerse. Así se desprende, en el ámbito internacional, de la Jurisprudencia emanada por tribunales Internacionales (Tribunal Especial para Sierra Leona, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos).²⁵

A pesar de todo ello, el mismo magistrado se declaró incompetente un mes después, mediante auto de 18 de noviembre de 2008, inhibiéndose a favor de los juzgados territoriales en donde se habían hallado fosas comunes, a los efectos de tramitar causas por presuntos delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero en el contexto de crímenes contra la humanidad, en relación con detenciones, asesinatos y ocultación de cadáveres de miles de ciudadanos, cometidos durante la guerra civil española y primeros años del franquismo, concretamente entre el 17 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1951.

Poco después, varios grupos de extrema derecha vinculados a Falange se querellaron contra Garzón ante el Tribunal Supremo, acusándole de prevaricación por no haber aplicado la Ley de amnistía de 1977. Por auto de 16 de febrero de 2010 el magistrado L. Varela hizo suyas las acusaciones e inició el procesamiento contra Garzón, lo que supuso su separación del ejercicio de la función jurisdiccional como medida disciplinaria adoptada por el Consejo General del Poder Judicial.

La AEDIDH elaboró un segundo dictamen en defensa del auto del magistrado Garzón, poniendo de relieve las inconsistencias del auto del magistrado Varela en relación al DIDH²⁶ En base a la normativa internacional y a una amplia jurisprudencia internacional, el dictamen concluyó que la naturaleza del derecho a un recurso efectivo que asiste a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos que constituyan una infracción penal, debe ser esencialmente judicial, por lo que la Ley de 2007 sobre memoria histórica es claramente insuficiente.

²⁵ *Ib. id.*, p. 44.

²⁶ AEDIDH: *Informe en derecho: causa especial n.º 20048/2009: querrela(s) interpuesta(s) contra el magistrado-juez don Baltasar Garzón Real, por el supuesto delito de prevaricación. Examen de los argumentos del auto de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional*, Madrid y Dili, 16 de febrero de 2010, 38 pp. Disponible en <http://aedidh.org/sites/default/files/informe-final-auto-varela-garaon-aedidh.pdf>.

Numerosas organizaciones y especialistas en DIDH se adhirieron al dictamen. Cf. <http://aedidh.org/sites/default/files/listado-de-adhesiones-al-informe-en-derecho-15032010.pdf>

Vid. igualmente J. CHINCHÓN ÁLVAREZ y L. VICENTE MÁRQUEZ: «La investigación de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 19 (2010), 1-43.

Además, frente a la pretensión del magistrado Varela de mantener la vigencia de la Ley de amnistía de 1977, el dictamen rebatió el argumento político de que esta había sido aprobada por un parlamento democrático, pues ello es irrelevante a la luz del DIDH, que obliga al Estado a investigar crímenes internacionales imprescriptibles, siendo nula toda disposición de derecho interno que se oponga a la norma internacional.

El magistrado Varela también acudió al artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, que aconseja amnistiar a los excombatientes una vez superado el conflicto armado, que se encuentren privados de libertad «por motivos relacionados con el conflicto armado». Pero ello no supone que los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, puedan ser igualmente amnistiadas.

Finalmente, el auto de 3 de febrero de 2010 se opuso a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por supuesta incompetencia temporal del Comité de Derechos Humanos. Desgraciadamente, el auto confundió la pretendida falta de competencia del Comité de Derechos Humanos para conocer y sustanciar una queja individual, con la cuestión general de la compatibilidad de la Ley de amnistía, que favorece la impunidad, con el derecho internacional.²⁷

Después de un tortuoso proceso, la STS de 27 de febrero de 2012 absolvió a Garzón del supuesto delito de prevaricación, pero mantuvo que su actuación había sido errónea, porque debió aplicar la citada Ley de amnistía y por tanto debió abstenerse de ordenar la investigación de las desapariciones. El TS también omitió referirse a los principios y normas de derecho internacional aplicables, por lo que no reconoció el carácter de delito continuado de la desaparición forzada, confirmando la aplicación de la amnistía y la prescripción a los citados crímenes de lesa humanidad.

En suma, la justicia española confirmó en 2012 la impunidad total de la que hasta entonces habían disfrutado los responsables de crímenes internacionales contra los derechos humanos cometidos durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, tales como las ejecuciones sumarias, las desapariciones sistemáticas, la tortura y la detención arbitraria generalizadas, el exilio, el trabajo forzoso y el secuestro masivo de niños. Situación absolutamente incompatible con las obligaciones del Estado ante el DIDH, lo que obligó a la AEDIDH a continuar su litigio estratégico ante los órganos pertinentes de derechos humanos de las Naciones Unidas.

²⁷ AEDIDH: *Informe en derecho: causa especial n.º 20048/2009...*, cit., p. 38.

III. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias

La AEDIDH compareció en 2008 y 2012 ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante: GTDFI), en Ginebra.

La primera comparecencia se celebró el 27 de noviembre de 2008. La declaración oral de la AEDIDH²⁸ fue acompañada del dictamen sobre la cuestión de las desapariciones forzadas y otros crímenes de lesa humanidad perpetrados en España durante la Guerra Civil (1936-1939) y la posterior dictadura franquista (1939-1975), que había sido presentado en abril de 2008 ante el Comité de Derechos Humanos y anteriormente al Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional,²⁹ con el fin de acompañar a la denuncia que había presentado el 15 de diciembre de 2006 la Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del Franquismo.

En relación a la competencia del GTDFI, la AEDIDH recordó que en 2002 aquel había transmitido a España dos casos de presuntas desapariciones que tuvieron lugar en 1947 y 1949. Se presentaron otras denuncias pero fueron declaradas inadmisibles, pues en 2002 el Grupo decidió no aceptar casos individuales «que presuntamente sucedieron en España antes de la creación de las Naciones Unidas»³⁰ (1945). En 2003 se transmitió también a España un tercer caso ocurrido en 1950.³¹ En total, cuatro casos figuran todavía como pendientes de esclarecimiento en los últimos informes anuales del Grupo.³²

Esta decisión ocasionó un grave perjuicio a los familiares de las víctimas españolas, toda vez que el período crítico de desapariciones sistemáticas y generalizadas, consideradas como crímenes de lesa humanidad, corresponde a los años de la Guerra Civil (1936-1939) y al primer período de la represión franquista (1939-1945). Además, fue una decisión irrespetuosa del carácter imprescriptible de los crímenes internacionales, de los que la desaparición forzada, cuando es generalizada o sistemática, forma parte.

La AEDIDH también recordó que el auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008, había reconocido que todavía existían en España 114266 casos pendientes de investigación. Asimismo, los delitos calificados como desapariciones forzadas fueron considerados en el auto como crímenes de lesa

²⁸ Disponible en http://www.aedidh.org/sites/default/files/ComparecenciaCDH_AEDIDH.pdf.

²⁹ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit.

³⁰ E/CN.4/2003/70, párr. 247.

³¹ *Vid.* E/CN.4/2004/58, párr. 261.

³² A/HRC/13/31, de 21 de diciembre de 2009; A/HRC/16/48, de 26 enero de 2011; y A/HRC/19/58/Rev.1, de 2 de marzo de 2012.

humanidad, porque tuvieron como finalidad llevar a cabo una política deliberada de exterminio de los disidentes políticos por el régimen militar de Franco.

Además, el auto reconoció que en 1936 España tenía la obligación legal de prohibir los crímenes contra la humanidad, ya que tal prohibición ya formaba parte del derecho internacional consuetudinario (la llamada *Cláusula Martens*) y había sido codificada en la IV Convención de La Haya de 1907, seguida por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 que regulan el derecho internacional humanitario. Los crímenes de lesa humanidad también fueron reconocidos por el Tribunal de Nuremberg y el Estatuto de Londres (1945), que autorizó al Tribunal a juzgar los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad ocurridos a partir del 30 de enero de 1933, fecha en la que los nazis tomaron el poder en Alemania.

Por otra parte, el auto se refirió a los miles de niños republicanos desaparecidos de forma sistemática en España después de la Guerra Civil (1940-1954). Algunos de ellos habían sido separados forzosamente de sus madres recluidas en prisión, una vez cumplidos los tres años de edad. Otros niños huérfanos fueron repatriados por la fuerza desde Francia y otros países y, a continuación, internados en orfanatos españoles. Todo ello se hizo bajo el amparo de la Ley española de 4 de diciembre de 1941.³³ Los nombres de estos niños fueron cambiados y, a continuación, inscritos en el Registro Nacional con una identidad falsa. Muchos de ellos fueron dados en adopción a familias adictas al régimen militar con la finalidad de reeducarlos y todavía pueden estar vivos, en total ignorancia de su identidad. Falange Española (el partido político único durante la dictadura) informó el 26 de noviembre de 1949 de que sus servicios en el extranjero habían repatriado 20266 niños republicanos. En 1954 las cifras oficiales admitieron que existían en España 30960 niños huérfanos menores de 18 años.

De conformidad con sus métodos de trabajo, el mandato básico del GTDFI es de carácter humanitario, destinado a ayudar a las familias en la determinación de la suerte y el paradero de sus parientes desaparecidos. Los familiares de las víctimas españolas que han sufrido desapariciones sistemáticas, después de haber agotado durante más de 70 años todos los recursos internos disponibles en el ordenamiento jurídico, se dirigieron al GTDFI como la última oportunidad para volver a establecer un canal de comunicación con el Gobierno.

En consecuencia, acudiendo a razones puramente humanitarias, la AEDIDH solicitó al GTDFI que reconsiderara su decisión de 2002, para evitar que miles de desaparecidos españoles fuesen olvidados definitivamente y que el derecho a la verdad, la justicia y la reparación desapareciera con ellos. Además, la AEDIDH fundamentó jurídicamente su solicitud en seis razonamientos basados en los métodos de trabajo del GTDFI, a saber:

³³ Diario Oficial de 16 de diciembre de 1941.

1. El GTDFI tiene la obligación de vigilar el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones derivadas de la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, de 1992. A diferencia de la Convención de 2006, nada de lo dispuesto en la Declaración de 1992 se opone a su aplicación retroactiva, en particular aquellos principios que se basan en el derecho internacional consuetudinario codificado en la Declaración, tal como la consideración de las desapariciones forzadas y sistemáticas como crímenes de lesa humanidad.

2. El GTDFI no hace referencia alguna en sus métodos de trabajo a reglas que pudieran restringir *ratione temporis* su competencia para recibir denuncias individuales.

3. Los crímenes de lesa humanidad imponen obligaciones específicas a los Estados, a saber: el deber de investigar en su totalidad los presuntos casos de desaparición, en particular los casos relativos a los niños desaparecidos que aún pueden estar vivos; el deber de juzgar a los presuntos autores de los actos de desaparición; y la obligación de respetar la imprescriptibilidad de los crímenes de desaparición forzada, que tampoco pueden ser objeto de leyes especiales de amnistía y medidas similares que puedan dar lugar a la impunidad.

4. El GTDFI formula habitualmente observaciones sobre la aplicación de la Declaración cuando el gobierno no ha cumplido con sus obligaciones relacionadas con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

5. El GTDFI transmite regularmente a los gobiernos interesados un resumen de las denuncias recibidas de familiares de personas desaparecidas y las organizaciones no gubernamentales con respecto a los obstáculos encontrados en la aplicación de la Declaración en sus respectivos países. Y,

6. El GTDFI se interesa por los casos de intimidación, persecución o represalia contra los familiares de personas desaparecidas, o miembros de organizaciones de familiares y otras organizaciones no gubernamentales. El GTDFI podría transmitir estos informes al gobierno español, para que tome las medidas oportunas que tengan como finalidad proteger todos los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Por último, la AEDIDH instó al GTDFI a recordar a España que debe honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular, solicitó:

1. Que se derogue la Ley de amnistía de 1977, de modo que esta no se siga aplicando para dejar impunes graves violaciones de los derechos humanos, en particular los crímenes contra la humanidad, incluidas las desapariciones forzadas de personas.

2. Que se adopten medidas legislativas para asegurar que los tribunales de justicia españoles reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, un principio básico del DIDH que no admite derogación. En particular, el Código Penal español debería ser revisado para incorporar la definición del delito de desaparición forzada de conformidad con el derecho internacional.

3. Que se ratifique urgentemente la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

4. Que se constituya una comisión de la verdad compuesta de expertos independientes, con el mandato de restablecer la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, y con competencia para formular recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.

5. Que se cumpla con la obligación internacional de investigar los casos pendientes de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista. Las víctimas y sus familiares deben poder ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva y exigir al Estado que investigue los casos pendientes. En particular, el Estado debe facilitar la investigación judicial de los casos pendientes, identificar a los responsables y auxiliar con todos los medios a su alcance a los familiares que deseen localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos.

6. El Estado debería ser instado también a conceder a las víctimas y sus familias la justicia y la total reparación.

7. Que se adopten medidas concretas de protección a favor de los defensores de derechos humanos y familiares de las víctimas de desapariciones forzadas que ya han identificado 400 fosas comunes o clandestinas, practicado exhumaciones de 4000 cuerpos en 170 fosas por su propia iniciativa e identificado los restos de sus seres queridos, a pesar de los reiterados obstáculos y hostigamientos de los que son objeto habitualmente por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, jueces y otras autoridades públicas, que rechazan colaborar en la consecución de tan noble objetivo. Y,

8. El GTDFI podría realizar una visita oficial a España, país que mantiene una invitación abierta a todos los procedimientos especiales de carácter temático del Consejo de Derechos Humanos.

En sus observaciones sobre España publicadas en el informe anual correspondiente a 2009, el GTDFI recogió las alegaciones esenciales de la AEDIDH.³⁴ Además, recordó al Estado su obligación de dar cumplimiento a la Declaración, señalando que

todos los actos de desapariciones forzadas deben ser tipificados como un delito que conlleve penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (art. 4.1); y que todos los actos de desapariciones forzadas deben ser investigados hasta que el paradero de la víctima de desaparición forzada no se haya aclarado (art. 13.6).³⁵

³⁴ A/HRC/13/31, de 21 de diciembre de 2009, párrs. 482-483.

³⁵ *Ib.*, párr. 502.

En su informe de 2010 el GTDFI recordó a España el contenido de su comentario general sobre la *desaparición forzada como un delito continuado*, según el cual «las desapariciones forzadas son prototípicos actos continuos». El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo en que el delito tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida. Por lo que «los tribunales y otras instituciones deberían mantener la desaparición forzada como delito continuado o violación de los derechos humanos mientras no se hayan completado todos los elementos del delito o de la violación».³⁶

Posteriormente, la AEDIDH denunció ante el GTDFI el procesamiento por supuesta prevaricación del magistrado B. Garzón por parte del Tribunal Supremo (auto de 3 de febrero de 2010 del magistrado Varela), lo que ocasionó una considerable alarma internacional. El GTDFI emitió un comunicado de prensa el 25 de mayo de 2010, en el que manifestó su preocupación por lo que parecía un grave atentado a la independencia judicial en España. Además, reiteró su ya conocida posición, expresada en el comentario general sobre la *desaparición forzada como un delito continuado*.

La segunda comparecencia de la AEDIDH ante el GTDFI tuvo lugar en Ginebra el 12 de marzo de 2012.³⁷ Como ya hiciera en 2008, y ante la falta de seguimiento por las autoridades españolas de las observaciones del GTDFI, la AEDIDH le solicitó que continuara instando a España a honrar sus obligaciones internacionales en relación con las víctimas de desapariciones forzadas. Además, le insistió en que debía declararse competente para examinar los casos de desapariciones ocurridas en España entre 1936 y 1945, reiterando los mismos fundamentos humanitarios y jurídicos que le había presentado en 2008.

En esta ocasión se agregó que el propio GTDFI, en su comentario general sobre *las desapariciones forzadas como delito continuado*, de 26 de enero de 2010, estableció que

cuando la desaparición forzada se inició antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que un Estado determinado aceptase la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición continúe tras la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción atribuye a la institución la competencia y la jurisdicción para entender del caso de desaparición forzada en su conjunto y no sólo de los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción.

Además, la AEDIDH se refirió al más reciente comentario general del GTDFI sobre *el derecho a la verdad en los casos de desapariciones forzadas*, de 26 de enero de 2011, según el cual los Estados tienen «la obligación de continuar la investigación mientras

³⁶ A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011, párr. 439.

³⁷ El texto completo de la declaración de la AEDIDH está disponible en http://ris.hrahead.org/temas/guerra-civil-y-franquismo/comunicados_y_pronunciamentos/12demarzode2012

que la suerte y el paradero de los restos del desaparecido siga sin aclararse, al ser una consecuencia de la persistencia del carácter de las desapariciones forzadas» (párrafo 4).

Por consiguiente, la AEDIDH reiteró que España debe honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular, recordó que se debe derogar la Ley de amnistía de 1977; que se deben adoptar medidas legislativas para asegurar que los tribunales de justicia españoles reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; que se ratifique la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; y que se constituya una comisión de la verdad de personas expertas independientes, capaz de restablecer la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, y de formular recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.

En relación a la obligación internacional de España de investigar los casos pendientes de esclarecimiento de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, la AEDIDH reiteró que las víctimas y sus familiares deben poder ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que significa que el Estado debe facilitar la investigación judicial de los casos pendientes, identificar a los responsables y auxiliar, con todos los medios a su alcance, a los familiares que deseen localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos.

Si el GTDFI persistiera en su incompetencia *ratione temporis* para conocer de las desapariciones ocurridas en España a partir de 1936 por razones de simple oportunidad política, incurriría en contradicción con sus comentarios generales de 2010 y 2011 y con la propia Declaración de 1992. Por tanto, la AEDIDH solicitó de nuevo al GTDFI que se declarase competente para conocer de los casos pendientes de esclarecimiento que le han sido oportunamente denunciados por las Asociaciones de Recuperación de la Memoria Histórica, en especial la catalana.

Por último, la AEDIDH pidió que el Estado fuera instado a conceder a las víctimas y sus familias la justicia y la total reparación e invitó al GTDFI a realizar una visita oficial a España, toda vez que no se han producido avances significativos en nuestro país desde 2008.

IV. Comité de Derechos Humanos

La AEDIDH formuló sendas declaraciones orales el 7 de julio de 2008³⁸ y el 13 de octubre de 2008³⁹ en Ginebra ante el Comité de Derechos Humanos (en adelante: Comité DH), con motivo del examen del quinto informe periódico de España en aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰ (PIDCP). Tales declaraciones actualizaron el informe escrito que previamente había sometido la AEDIDH a la consideración del Comité DH, en el que se analizaba la cuestión de las desapariciones forzadas y otros crímenes contra la humanidad, que fueron perpetrados en España durante la Guerra Civil (1936-1939) y la subsiguiente dictadura franquista (1939-1975).⁴¹

En sendas declaraciones la AEDIDH denunció al Comité DH que el territorio español estaba sembrado de fosas y enterramientos clandestinos de miles de opositores a la dictadura franquista. En las pocas ocasiones en que sus familiares habían tratado de localizar y exhumar los restos de sus seres queridos, se encontraron con todo tipo de obstáculos judiciales, administrativos y policiales.

Como esta situación de desidia administrativa y política se había prolongado durante todo el período de transición política de la dictadura a la democracia, un importante número de Asociaciones para la Recuperación de la Memoria Histórica presentó el 15 de diciembre de 2006 una denuncia ante la Audiencia Nacional, recayendo por reparto en la competencia del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional. El magistrado B. Garzón solicitó el 1 de septiembre de 2008 toda la información disponible sobre los desaparecidos a los poderes públicos, Iglesia católica, archivos históricos, ayuntamientos y familiares de las víctimas, con el objeto de establecer un censo de personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la posterior represión franquista. Solamente respondieron los familiares de las víctimas y sus Asociaciones, que le entregaron una lista de más de 146 000 personas, la mayoría de ellas desaparecidas o ejecutadas.

La AEDIDH calificó estos hechos conforme al DIDH. Según el artículo 1 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana,

³⁸ Disponible en

http://www.aedidh.org/sites/default/files/DelaracionAEDIDH_5informeperiodicoEspJulio08.pdf

³⁹ Disponible en

http://www.aedidh.org/sites/default/files/DelaracionAEDIDH_5informeperiodicoEspOctubre08.pdf

⁴⁰ España es Estado parte del PIDCP: BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977. En vigor para España desde el 27 de julio de 1977.

⁴¹ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit. Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AEDIDH.pdf>. Como ya se ha indicado, el citado informe también había sido puesto a la disposición del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, a pedido de la Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzada del Franquismo.

es una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y una violación grave de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados en otros instrumentos internacionales pertinentes.

Es de resaltar además que el 24 de septiembre de 2009 entró en vigor para España la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, cuyo artículo 5 afirma la imprescriptibilidad de las desapariciones forzadas que, por sistemáticas y generalizadas, constituyen un crimen de lesa humanidad.

De otro lado, se señalaron 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*.⁴² Tales principios reconocen el derecho de las víctimas de esas violaciones a obtener reparación como parte del derecho a un recurso efectivo, lo que es aplicable a las víctimas de las atrocidades que se produjeron en España en el pasado.

Entre los recursos que se ofrecen a las víctimas, figura el derecho a conocer la verdad sobre las violaciones ocurridas y a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva. En materia de desapariciones, las víctimas tienen derecho a reclamar del Estado la investigación de los casos pendientes de aclaración.

La Ley española 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, más conocida como «ley de la memoria histórica», otorgó ciertas reparaciones a las víctimas de los citados crímenes de lesa humanidad, por lo que constituyó un primer paso positivo en la recuperación de la memoria histórica. Sin embargo, no fue suficiente para las víctimas y sus familiares, porque no reconoció la obligación internacional del Estado de investigar el paradero de los miles de desaparecidos durante los años de la Guerra Civil y posterior dictadura franquista.

Por consiguiente, la AEDIDH instó a España ante el Comité DH a honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular solicitó, al igual que en su día hiciera ante el GTDFI: que se derogue la Ley de amnistía de 1977; que se adopten medidas legislativas para asegurar que los tribunales de justicia españoles reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad; que se ratifique urgentemente la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; que

⁴² Aprobados por la resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General.

se constituya una comisión de la verdad compuesta de expertos independientes; que se cumpla con la obligación internacional de investigar los casos pendientes de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista; y que se adopten medidas concretas de protección a favor de los defensores de derechos humanos y familiares de las víctimas de desapariciones forzadas.⁴³

Las argumentaciones de la AEDIDH fueron ampliamente aceptadas por el Comité DH en sus observaciones finales relativas al quinto informe periódico de España, adoptadas el 30 de octubre de 2008.⁴⁴ En relación con las desapariciones, el Comité DH recordó que «los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles». Además, conforme a su observación general n.º 20 (1992) relativa al art. 7 PIDCP, «las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto». También invocó su observación general n.º 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el PIDCP. En consecuencia, el Comité DH recomendó a España:

- a) «Considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977;
- b) Tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales;
- c) Prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura; y
- d) Permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas».⁴⁵

En cuanto al derecho a un recurso efectivo, la observación general n.º 31 del Comité DH precisó que el art. 2.3 PIDCP «requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados». Además de la «reparación explícita», el Comité DH consideró que el PIDCP comprende por lo general una «indemnización adecuada». Si procede, «la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos».⁴⁶

⁴³ Cf. http://www.aedidh.org/sites/default/files/DelacionAEDIDH_5informeperiodicoEspJulio08.pdf, pp. 6-7.

⁴⁴ Vid. A/64/40 (vol. I) (2009), pp. 39-43.

⁴⁵ Cf. A/64/40 (vol. I), *cit.*, p. 40, párr. 9.

⁴⁶ Comité DH, observación general n.º 31, «La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes del Pacto», 80.º período de sesiones, 29 de marzo de 2004, párr. 16.

Por lo que la AEDIDH entendió que la reparación es mucho más que el reconocimiento de una simple indemnización a las víctimas, insuficiente por sí sola para brindar un recurso efectivo y una reparación adecuada a las víctimas de las violaciones que se denunciaron.⁴⁷

Cuatro años después, las recomendaciones contenidas en las observaciones finales relativas a España, así como las observaciones generales del Comité DH citadas, continúan siendo rechazadas por el Gobierno español, amparándose formalmente en la vigencia de la Ley de amnistía de 1977.

V. Comité contra la Tortura

La AEDIDH compareció ante el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura (en adelante: Comité CT) en Ginebra el 11 de noviembre de 2009, durante la fase final del examen del quinto informe periódico de España sobre la aplicación de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes*.⁴⁸ Previamente, se habían hecho llegar al Comité CT seis documentos escritos en los que la AEDIDH había informado sobre los numerosos aspectos que le causaban preocupación en relación a la correcta aplicación de la Convención en España.⁴⁹

Sobre la recuperación de la memoria histórica en España, la AEDIDH se refirió a la Ley española 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, por la que se otorgaron ciertas reparaciones a las víctimas de los citados crímenes contra la humanidad, por lo que constituyó un primer paso positivo en la recuperación de la memoria histórica. Sin embargo, no fue suficiente para las víctimas y sus familiares, porque no reconoció la obligación internacional del Estado de investigar el paradero de unas 150 000 personas desaparecidas —incluidos 30 000 niños secuestrados—, durante la guerra civil española y la posterior represión franquista.

La AEDIDH afirmó que la denegación de justicia a los familiares de las víctimas de las desapariciones supone un trato cruel e inhumano continuado en el tiempo, incompatible con el art. 16 de la Convención, ya que la imposibilidad de localizar y exhumar los restos de sus seres queridos produce en los familiares una «tensión mental» o «angustia intensa», que se incrementan con el paso de los años.

⁴⁷ AEDIDH: *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo...*, cit., p. 15.

⁴⁸ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. España es Estado parte (BOE n.º 268, de 9 de noviembre de 1987).

⁴⁹ Disponibles en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/cats43.htm>

Por consiguiente, la AEDIDH instó al Comité CT a solicitar a España que honrara sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos. En particular, solicitó que se investigaran los casos pendientes de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y posterior represión franquista. En este sentido, el Estado debe auxiliar, con todos los medios a su alcance, a los familiares que deseen localizar, exhumar e identificar los restos de los desaparecidos, y terminar así con la situación de maltrato que los familiares sufren permanentemente a consecuencia de la continuada denegación de la tutela judicial efectiva.

La AEDIDH también solicitó que el Comité CT se pronunciara sobre la Ley de amnistía de 1977, de modo que esta no pueda seguir aplicándose para dejar impunes graves violaciones de los derechos humanos, en particular los crímenes de lesa humanidad, incluidas las desapariciones forzadas de personas o las torturas y malos tratos, por tratarse en ambos casos de crímenes internacionales que son imprescriptibles conforme al DIDH. Por último, también reclamó que se estableciera por ley una comisión de la verdad compuesta de personas expertas independientes, que tuviera por mandato de recuperar la memoria histórica sobre las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la guerra civil española y la posterior represión franquista.

La argumentación de la AEDIDH fue ampliamente recogida por el Comité CT. En efecto, en sus observaciones finales al término del examen del quinto informe periódico de España, adoptadas el 19 de noviembre de 2009,⁵⁰ el Comité CT reconoció que «la Convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de amnistía de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley». No obstante, el Comité CT reiteró que, «en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción». Por lo que España «debería asegurar que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía». También alentó a España «a continuar e incrementar sus esfuerzos para ayudar a las familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, identificarlos y obtener las exhumaciones de sus restos, siempre que sea posible». Y reiteró que, de acuerdo al artículo 14 de la Convención, España «debe asegurar la reparación y el derecho a una indemnización a toda víctima de actos de tortura».⁵¹

El Comité CT también manifestó su preocupación por que el crimen de tortura, entendido de manera autónoma y recogido en el artículo 174 del Código Penal,

prescriba en el plazo máximo de 15 años, mientras que es imprescriptible sólo si es constitutivo de un crimen de lesa humanidad, es decir, cuando es cometido como parte de un ataque

⁵⁰ A/65/44 (2010), pp. 55-63.

⁵¹ A/65/44 (2010), *cit.*, pp. 60-61, párr. 21.

generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella (artículo 607 *bis* del Código Penal).

Por lo que el Comité recomendó a España que asegure «la imprescriptibilidad de la tortura en todo caso».⁵²

Por otro lado, la AEDIDH también informó al Comité CT sobre la reforma del art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial (LOPJ), que recogía el principio de jurisdicción universal absoluta para la represión, *inter alia*, de los crímenes de tortura. La Ley Orgánica n.º 1/2009, de 3 de noviembre, restringió seriamente la competencia de los tribunales españoles en el ejercicio de la jurisdicción universal. A partir de entonces solo puede perseguirse a los presuntos criminales (i) si estos se encuentran físicamente en España; (ii) si existen víctimas de nacionalidad española; (iii) si existe algún vínculo de conexión relevante con España; y (iv) en todo caso, siempre y cuando en otro país competente o ante un tribunal internacional no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de los hechos.

En definitiva, la AEDIDH consideró que la reforma abrió espacios de impunidad y fraude de ley que son contrarios al art. 2 de la Convención, que prohíbe el uso de la tortura en cualquier circunstancia. Por consiguiente, instó a España a restablecer la jurisdicción universal conforme a la redacción original del art. 23.4 de la LOPJ.

El Comité CT también fue sensible a los argumentos de la AEDIDH en esta ocasión, pues pidió a España que la Ley Orgánica 1/2009, de 3 noviembre, «no obstaculice el ejercicio de su jurisdicción sobre todos los actos de tortura de acuerdo con los artículos 5 y 7 de la Convención y en particular con el principio de *aut dedere aut judicare* contenido en los mismos».⁵³

Es de lamentar una vez más que, casi tres años después de adoptadas las referidas observaciones del Comité CT respecto a España, nuestro país no haya tomado ninguna medida efectiva en la dirección indicada tanto por el Comité CT como por la sociedad civil.

⁵² A/65/44 (2010), *cit.*, p. 61, párr. 22.

⁵³ A/65/44 (2010), *cit.*, p. 59, párr. 17.

VI. Conclusiones

El trinomio verdad-justicia-reparación, como medio para enfrentar toda situación de justicia de transición, se muestra indisoluble tanto en la práctica del derecho comparado como en la de las Naciones Unidas. También está presente en todas las recomendaciones que han dirigido en los últimos años a España los órganos competentes de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, a instancias de la sociedad civil y en particular de la AEDIDH. Ese trinomio es, además, parte inherente del emergente derecho humano a la paz, fuertemente reivindicado por la sociedad civil internacional conducida por la AEDIDH.

Las autoridades españolas no pueden seguir desoyendo a su sociedad civil, a las asociaciones de víctimas y a los órganos internacionales de derechos humanos. Su actitud compromete seriamente la responsabilidad internacional de España, porque es jurídicamente contraria al DIDH. Además, es políticamente inaceptable y moralmente censurable, porque es la causa directa del sufrimiento permanente de los miles de familiares de las víctimas de crímenes internacionales que, durante largos años, reivindican con justicia su derecho a un recurso efectivo que satisfaga su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

El plan de litigio estratégico desarrollado por la AEDIDH ante los tribunales españoles y las Naciones Unidas, resultó eficaz porque puso al descubierto las enormes carencias del sistema jurídico-político español para reconocer los derechos de las víctimas de crímenes internacionales producidos durante la Guerra Civil y la posterior represión franquista.

El diagnóstico coincidente de las distintas instancias internacionales ha sido concluyente: España deberá adoptar medidas urgentes de justicia de transición que ya han probado su eficacia en otros países y constituyen las mejores prácticas aconsejadas por las Naciones Unidas.

En especial, España deberá derogar la Ley de amnistía de 1977; adoptar medidas legislativas urgentes para asegurar que los tribunales de justicia respeten la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ratificar las Convenciones de las Naciones Unidas y la europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; y constituir una comisión de la verdad de personas expertas independientes, con el mandato de restablecer la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en España durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, así como de formular recomendaciones que los poderes públicos se comprometan a cumplir.

Además, como se ha demostrado, España tiene la obligación internacional de investigar los casos de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y

posterior represión franquista pendientes de esclarecimiento. Las víctimas y sus familiares tienen derecho a la tutela judicial efectiva, lo que significa que el Estado debe facilitar la investigación judicial de los casos pendientes, identificar a los responsables y sancionarlos; y auxiliar, con todos los medios a su alcance, a los familiares que deseen localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos.

Por consiguiente, la Ley 52/2007 deberá ser modificada para hacerla compatible con las normas estudiadas del DIDH en materia de investigación de crímenes internacionales. En general, la legislación ordinaria debe ser concordante tanto con la *Declaración de las Naciones Unidas contra la desaparición de personas*, como con lo establecido en la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, que también consagra la dimensión colectiva del derecho a la verdad, así como la obligación continuada del Estado de buscar e investigar los casos de personas desaparecidas, hasta que se halle su paradero.

Ginebra, 30 de agosto de 2012
Día Internacional de las Víctimas de Desapariciones Forzadas