

Comisión Nacional de Búsqueda de los Desaparecidos del Franquismo, ya.

Miguel Ángel Rodríguez Arias¹

España, el país que con casi 150.000 personas en fosas clandestinas, y un número indeterminado de “niños perdidos”, se sitúa en cabeza del trágico ranking mundial de víctimas de desaparición forzada – superados tales números del franquismo tan sólo por el régimen de Pol Pot –, carece sin embargo, todavía hoy, de ninguno de los instrumentos internacionalmente previstos en materia de verdad, justicia y reparación a los desaparecidos y a sus familias. Tal como suena.

La dura crónica de todo lo que – aún con treinta años de retraso – se continúa omitiendo en nuestro país resulta ya demasiado sobrecogedora, demasiado extensa e incomprensible. Como si, una vez más, el derecho internacional de los derechos humanos, el mismo derecho penal internacional, volviese a acabarse en los Pirineos; al menos respecto de todo un amplio colectivo de ciudadanos con los apellidos y antecedentes familiares “equivocados”.

No se articularon, desde el principio, las políticas públicas de memoria y reparación siguiendo el modelo de Comisión de la Verdad, independiente, prevista con normalidad por el sistema ONU como espacio natural de debate y amplia participación, transparente – en algunas experiencias retransmitidas sus sesiones por radio o televisión – que elevase sus propuestas legislativas a nuestras autoridades, función esencial ésta última atribuida a las Comisiones de la Verdad precisamente para que ningún estudio ministerial, ni interministerial, se despiste; se prefirió crear, en cambio, una Comisión Interministerial de estudio. Aunque “interministerial” e “independiente” no signifique exactamente lo mismo. Aunque la lacónica idea de transparencia y accesibilidad a las actas, testimonios y demás documentación del año y medio de trabajos de nuestra Comisión Interministerial sea constatable por el lector en la red (<http://www.mpr.es/Documentos/memoria.htm>). Aunque tras todo ese estudio, lamentablemente, se dejasen en el tintero por completo el caso de los “niños perdidos”, que la subsiguiente ley “de la memoria” ni siquiera menciona – ni siquiera lo menciona –; aunque de “memoria de género” tampoco se diga una sola palabra, ni de las vigentes responsabilidades de los empresarios del franquismo, las requisas coactivas de papel moneda de la República, las deportaciones forzadas de población civil protegida, su persecución... imagínense que en las sesiones de una Comisión de la Verdad, independiente, retransmitida por televisión, se hubiese acabado escuchando cientos de tales testimonios, y hasta debatiéndose de todas estas cosas, y se hubiese llegado al atrevimiento – que a los independientes los carga el diablo – de elevar propuestas legislativas concretas respecto de todo ello en su informe final para la elaboración de una ley “de la memoria” *diferente*, y que, probablemente, hubiésemos tenido que llamar de otra manera.

Pero total, para qué va a necesitar nuestra sociedad conocer la verdad para poder hacer “memoria”, si con el buen rollo institucional y un par de subvenciones nos sobra... la sombra de los Pirineos, efectivamente, es alargada.

Y, claro, así las cosas, mucho menos aún se iba a enjuiciar a los responsables de toda esa inmensidad de desapariciones, justamente por aquello mismo del anómalo “efecto jurídico ultrapirenaico”: al parecer al norte de los Pirineos sí que rigen con normalidad los posicionamientos adoptados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde *Papon contra Francia* y *Kolk Kislyiy contra Estonia* en materia de persecución penal de los crímenes de ese periodo histórico – nuevamente reiterado, además, todo ello en recientes pronunciamientos de septiembre de 2008 y de este mismo enero de 2009 –, y que permitieron a los tribunales de dichos países aplicar el legado de Nuremberg a sus nacionales; al sur de los Pirineos, en cambio, esto tampoco es así. Y no lo es, precisamente, en virtud de la llamada doctrina “Scilingo” de un Tribunal Supremo bastante menos atento a dicha

¹ Investigador de Derecho penal Internacional de la UCLM, autor del libro *El caso de los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008), y los estudios “Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada” y “La nueva ley <<de la memoria>> y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, publicados en *Jueces para la Democracia*, entre otros estudios en la materia.

jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional europeo de derechos fundamentales de lo que lo ha estado respecto a los argumentos de la ultra derecha patria contra Baltasar Garzón, justamente el primer juez que ha intentado hacer valer en España esa misma jurisprudencia europea. Ver para creer.

Y no hay que quejarse tanto, que aunque los derechos fundamentales de los familiares de los desaparecidos se sigan violando de forma continuada, cada día que se sigue prolongando esta situación, – sin que hayamos cumplido ni una sola de nuestras obligaciones al respecto para tratar de impedirlo – nuestra olvidadiza ley “de la memoria” ya se encarga de prever todo un bonito puzle de normas sin desarrollo...que ahora tampoco parece que las comunidades autónomas estén dispuestas a pagar.

Como si finalmente lo hicieran: el problema es el mal planteamiento de base de una ley contraria a varios derechos humanos recogidos en los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos – veinte organizaciones de jueces y fiscales de toda Europa agrupadas en torno a MEDEL se lo han dicho a nuestro Gobierno –; el problema es que nuestra ley descarga las funciones estatales de búsqueda de los desaparecidos en sus familiares, *subvencionados a su suerte*, y no tiene nada que ver con los mínimos internacionales exigidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto el deber de llevar a cabo una “investigación oficial efectiva e independiente” sin tardanza, por propia iniciativa de las autoridades del Estado – no de ningún familiar – y en todos los casos de desaparición de los que se tenga noticia; un modelo patrio, sur-pirenaico, el actualmente vigente en nuestro país que, de hecho, está copiado-pegado de una orden de Franco de mayo de 1940 (BOE n.130 de 09/05/1940, pág. 3157), por mucho que pueda producir vergüenza hasta el mencionarlo. Y por eso no hay buen desarrollo que valga de dicha regulación, sino expulsar ese “redivivo” jurídico del pasado de nuestro ordenamiento modificando la ley – como se modifican tantas otras – y creando una Comisión Nacional de Búsqueda de los Desaparecidos del Franquismo con plena garantía de la participación de las asociaciones en su seno, como se le tuvo que recordar al Salvador con ocasión del caso de las “niñas perdidas” Serrano Cruz.

Pero, lamentablemente, antes parece previsible – nada deseo tanto como equivocarme – la inminencia de nuevas dosis de malabarismo dialectico-jurídico, de huida hacia adelante, “protocolizando” ahora dicha misma abdicación de funciones propias del Estado, que ninguna otra cosa. Según parece “el espectáculo debe continuar”, aunque el precio de todo esto lo continúen pagando todas esas familias, víctimas del “trato inhumano” de nuestro Estado y hasta de injerencia en su “derecho a la vida familiar” en virtud de otras cuantas más de esas sentencias “latosas” de *allende los Pirineos* y con las que – antes o después – tendremos que acabar haciendo las cuentas como cualquier otro Estado de Europa.

¿Cómo podremos explicar a nuestros hijos, a nuestros estudiantes, los presentes momentos de impunidad y abandono de todos esos miles de personas, nosotros que estamos siendo testigos directos de todo esto, el día que obtengan pleno reconocimiento jurídico e institucional los derechos humanos de estas víctimas, y nuestro Estado tenga que pedir perdón y cumplir con todo lo que hoy incumple?, ¿cómo hablarles, ese día, del relato de estos crímenes contra la humanidad de la dictadura más sangrienta de nuestra historia, y de la propia parcela de responsabilidad de unas autoridades ya democráticas que, durante décadas, toleraron la continuación de dicha situación sin activar por propia iniciativa ni uno sólo de los mecanismos del entero aparato de justicia?, ¿con qué palabras seremos capaces de escribir, y preservar para el futuro, esa otra “memoria histórica” de la vergüenza, el relato de todas esas madres y familiares – cientos, miles... – cuya vida hemos permitido, seguimos permitiendo, que se vayan apagando, una por una, en el íntimo dolor y la soledad de un anhelado reencuentro familiar que ya nunca podrá llegar?.

Por favor, que impere de una vez la cordura – jurídica, institucional –, que impere de una vez la humanidad y la compasión, el Estado de Derecho, y se detenga, *de una vez*, toda esta situación que nos hace ya acreedores de nuestra propia parte de daño en el trágico devenir de estas decenas de miles de seres humanos. Comisión Nacional de Búsqueda de los Desaparecidos del Franquismo, “investigación oficial efectiva e independiente”, ya.

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*.

Miguel Ángel Rodríguez Arias.
mangel.rodriguez@uclm.es
Instituto de Derecho penal europeo e internacional.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real.
Universidad de Castilla-La Mancha.

Estas son las normas con que me propongo hacer la grandeza de Tebas, y hermanas de ellas las órdenes que hoy he mandado pregonar a los ciudadanos sobre los hijos de Edipo: a Etéocles, que luchando en favor de la ciudad por ella ha sucumbido, totalmente el primero en el manejo de la lanza, que se le entierre en una tumba y que se le propicie con cuantos sacrificios se dirigen a los mas ilustres muertos, bajo tierra; pero a su hermano, a Polinices digo, que, exiliado, a su vuelta quiso por el fuego arrasar, de arriba a abajo, la tierra patria y los dioses de la raza, que quiso gustar la sangre de algunos de sus parientes y esclavizar a otros; a éste, heraldos he mandado que anuncien que en esta ciudad no se le honra, ni con tumba ni con lágrimas: dejarle insepulto, presa expuesta al azar de las aves y los perros, miserable despojo para los que le vean. Tal es mi decisión: lo que es por mi, nunca tendrán los criminales el honor que corresponde a los ciudadanos justos;

(...)

Y, pues, exaltadora de nombres, la Victoria ha llegado a Tebas rica en carros, devolviendo a la ciudad la alegría, conviene dejar en el olvido las lides de hasta ahora, organizar nocturnas rondas que recorran los templos de los dioses todos; y Baco, las danzas en cuyo honor conmueven la tierra de Tebas, *que él nos guíe.*

Antígona, Sófocles.

I. La desaparición forzada como flagelo de la humanidad: De la *guerra total* contra la población civil española a la *guerra de baja intensidad* en América Latina. **II.** La histórica sentencia *Velásquez Rodríguez contra Honduras* y el principio de diligencia debida del Estado ante la desaparición forzada. **III.** El caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*: la obligación de exhumar los restos mortales y el reconocimiento de los familiares como víctimas de la desaparición forzada. a) La obligación del Estado responsable de devolver los restos mortales a los familiares. b) La ampliación de la posición de víctima ante el sufrimiento de los familiares privados de los restos mortales y del derecho a conocer la verdad. c) La difusión de la propia sentencia como forma de desagravio. **IV.** Bastante más allá de la condena moral: El caso *Molina Theissen contra Guatemala* y el mandato judicial de crear una Base Nacional de Datos Genéticos. a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables. b) Obligación de buscar los restos mortales de la víctima y entregarlos a sus familiares como garantía de no repetición. c) Designación de un centro educativo con el nombre de los desaparecidos como forma adicional de homenaje y desagravio. d) El mandato judicial de creación de una Base Nacional de Datos Genéticos. **V.** El caso *Serrano Cruz contra El Salvador*: el mandato judicial de crear un organismo gubernamental de búsqueda de los desaparecidos. a) Creación de una Comisión Nacional de búsqueda de los desaparecidos plenamente participada en su funcionamiento por la sociedad civil. b) Creación de una página web informativa y de búsqueda. c) Designación de un día nacional dedicado a los desaparecidos durante el conflicto armado interno y otras medidas de desagravio. d) Deberes de efectiva asistencia médica y psicológica a los familiares. **Conclusiones.**

* Versión preliminar del estudio que, con el mismo título, fue publicado en el número 60 de la revista *Jueces para la Democracia*, de noviembre de 2007; El autor quiere dedicar el artículo a la memoria del profesor Marino Barbero, jurista comprometido con la defensa de la democracia y los derechos humanos en España y la abolición de la pena de muerte.

I. La desaparición forzada como flagelo de la humanidad: De la *guerra total* contra la población civil española a la *guerra de baja intensidad* en América Latina.

El surgimiento en el siglo XX de la cuestión de la denominada “frontera ideológica”, o el cambio de planteamiento estratégico militar basado en el control territorial de posiciones geográficas para pasar a aquel otro del sometimiento a control a la propia población, – a los sectores con capacidad de disidencia organizativa, política o de cualquier otra índole – y el empleo de la desaparición forzada como instrumento para ello, ha venido siendo circunscrita en distintos análisis a los conflictos producidos desde la década de los sesenta en el continente americano en lo que se dió en llamar “guerra de baja intensidad”; “baja intensidad” respecto la menor cuantía de los recursos militares a movilizar gracias al empleo auxiliar del terror como factor paralizador, ya que no, ciertamente, respecto el daño social resultante.

Si bien, más ampliamente, nos cabrá retrotraer en realidad su origen a un contexto histórico anterior y, – terminológicamente al menos – opuesto a dicha nomenclatura de “baja intensidad”, el de la “guerra total” europea de los treinta-cuarenta en sus dos actos peninsular-mundial¹; y ello aún si la base será el mismo fundamento: valerse del terror como recurso auxiliar ante la necesidad, por parte de las fuerzas nazi-franquistas-fascistas del eje, de controlar la retaguardia de los territorios respectivamente ocupados sin sustraer para ello altas cantidades de tropas y suministros de los frentes dónde se venía desplegando el esfuerzo bélico principal. En el segundo de dichos actos mediante el conocido *Nacht und Nebel Erlass*, o “Decreto noche y niebla”, mientras que, en el caso de la guerra contra la población civil española para el derrocamiento del régimen constitucional republicano, será expresión, a su vez, de una diferente forma de hacer la guerra de un determinado sector del ejército, la denominada “escuela africana”. Los textos y proclamas públicas de destacados miembros del organigrama militar nazi y franquista como el Mariscal Keitel o los Generales Mola y Queipo de Llano, entre otros, dejarían claro testimonio de todo ello²; en el caso de las

¹ Así, en palabras de la reciente e histórica condena de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a la dictadura franquista, de 17 de marzo de 2006, en su pto. 55: “La guerra civil española fue una guerra total. El bombardeo de la ciudad vasca de Guernika por la Legión Cóndor, tema de un célebre cuadro de Picasso, anticipó los momentos más negros de la Segunda Guerra mundial”.

² Conforme lo ordenado por Keitel el 23 de julio de 1941: “A la vista de la gran extensión de las áreas ocupadas en el Este, las fuerzas disponibles para establecer la seguridad en el área sólo serán suficientes si toda resistencia es castigada, no dentro de un procesamiento legal de los culpables, sino a través de la diseminación de tal terror por las fuerzas armadas que toda pretensión de resistencia del pueblo sea erradicada (...)”, Vid. *Case no. 72, The German High Command Trial of Wilhelm Von Leeb and thirteen others*, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30th december. 1947 - 28th october, 1948, part II, pág. 21, Genocide Documentation Centre, <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/ghctrail2.htm>, source: *Law-Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission*, Volume XII, London, HMSO, 1949; junto a todo ello véase igualmente una versión íntegra de las *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten vom 7 Dezember 1941* así como su completa *Erste Verordnung*, entre las últimas publicaciones en la materia, en: KEITEL, H.J. [Hrsg.] (2002): *Keitel in Nürnberg*, Verlag S. Bublies, Schnellbach, págs. 316 y ss; En cuanto a la intencionada instrumentalización del terror como parte de la guerra total en el caso español, y en palabras de Mola: “*Se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo[...] serán encarcelados todos los directivos de los partidos políticos, sociedades o sindicatos no afectos al Movimiento, aplicándoles castigos ejemplares a dichos individuos para estrangular los*

soflamas radiofónicas de este último, “un hombre cuyas emisiones radiofónicas nocturnas alentaban el asesinato y la violación” como lo calificará PRESTON³, en términos especialmente evocadores, además, de otros casos más recientes, como la condena en el 2000 de Georges Henry Joseph Ruggiu por su incitación, desde la *Radio Télévision Libre des Mille Collines (RTL)*, a la milicia *Interahamwe* a perpetrar ejecuciones extrajudiciales y crímenes contra los perseguidos en el genocidio de Ruanda⁴.

Y así no se tratará de que la desaparición forzada de personas fuese una exclusiva del pasado siglo XX pero sí que lo sería su puesta en práctica con un tal alcance masivo, sistemático y reiterado, *su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas sino, también, un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor*; tal será, justamente, el elemento que hará de la desaparición forzada una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral⁵.

De este modo Keitel sería la primera persona condenada por un tribunal internacional por una tal práctica sistemática de desaparición forzada de personas *en la noche y la niebla*, si bien como en aquella época todavía no se había aceptado que las desapariciones forzadas formaban parte del concepto de crímenes de *lesa humanidad*, el

movimientos de rebeldía o huelgas. En este trance de la guerra yo ya he decidido la guerra sin cuartel. A los militares que no se hayan sumado a nuestro Movimiento, echarlos y quitarles la paga. A los que han hecho armas contra nosotros, contra el ejército, fusilarlos. Yo veo a mi padre en las filas contrarias y lo fusilo. *Cualquiera que sea abierta o secretamente defensor del Frente Popular, debe ser fusilado [...]* Hay que sembrar el terror; dejar sensación de dominio eliminando sin escrúpulos ni vacilación a todos los que no piensen como nosotros”. General Mola, sublevado contra la Constitución española el 18 de julio de 1936, vid. SILVA, Emilio y MACÍAS, Santiago (2003): *Las fosas de Franco, los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Temas de Hoy, Madrid, pág. 131., cursivas propias. Sobre el alcance de la estrategia de terror y la guerra total véanse entre los últimos estudios: ESPINOSA MAESTRE, F. (2006): *La justicia de Queipo. Violencia selectiva y terror fascista en la II División en 1936: Sevilla, Huelva, Cádiz, Córdoba y Badajoz*, Crítica, Barcelona, así como el propio prólogo de Paul Preston; ESPINOSA MAESTRE, F. (2003): *La columna de la muerte, el avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*, Crítica, Barcelona; NERÍN, G (2005): *La guerra que vino de África*, Crítica, Barcelona.

³ *La Justicia de Queipo*, ob cit, pág. 9. Y así, entre sus alocuciones más conocidas, en si misma ilustrativas de la impactante realidad concreta del concepto de guerra total contra la población civil y la génesis de los miles de fosas que, impunemente, aún salpican nuestro territorio: “Yo os autorizo a matar como a un perro a cualquiera que se atreva a ejercer coacción ante vosotros: Que si lo hicieréis así, quedaréis exentos de toda responsabilidad. ¿Qué haré? Pues imponer un durísimo castigo para callar a esos idiotas congéneres de Azaña. Por ello faculto a todos los ciudadanos a que, cuando se tropiecen a uno de esos sujetos, lo callen de un tiro. O me lo traigan a mí, que yo se lo pegaré. Nuestros valientes legionarios y regulares han enseñado a los rojos lo que es ser hombre. De paso también a las mujeres de los rojos, que ahora por fin han conocido hombres de verdad, y no castrados milicianos. Dar patadas y berrear no las salvará. Ya conocerán mi sistema: por cada uno de orden que caiga, yo mataré a diez extremistas por lo menos, y a los dirigentes que huyan, no crean que se librarán con ello; les sacaré de debajo de la tierra si hace falta, y si están muertos los volveré a matar”. General Queipo, sublevado contra la Constitución española el 18 de julio de 1936, igualmente rescatado del olvido por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en: *Las fosas de Franco, los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, ob cit, pág. 131-132, cursivas propias. El concreto puesto jerárquico de quien públicamente alentaba y autorizaba tales desmanes, máxima autoridad judicial de la Segunda División y la zona bajo su control, no podrá ser aquí lo suficientemente subrayado.

⁴ *The Prosecutor v. Georges Ruggiu*, Case No. ICTR-97-32-I, sentencia de 1 de junio de 2000, disponible en la web del Tribunal penal internacional para Ruanda, <http://www.ictor.org/>.

⁵ En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 149-150.

Tribunal Penal Internacional de Nuremberg le declaró culpable de crímenes de guerra⁶, a pesar de tratarse, sin duda, de “la otra innovación”, sobrecogedora y avergonzante, de las potencias del eje a la historia de la inhumanidad, junto a campos de exterminio y cámaras de gas.

A partir de ahí la desaparición forzada alcanzaría su definitiva consideración autónoma, también en tiempos de paz, precisamente, como una reacción de la comunidad internacional al fenómeno de impunidad en América Latina, y a la, conmovedora *lucha por lo más querido* de las familias, por los hijos, hermanos, padres, conyugues, arrebatados a la fuerza por los agentes del Estado⁷, de la que la Corte Interamericana sería escenario privilegiado; de esto último habrá de resultar – justamente al acoger con singular determinación, y pleno sentido histórico e institucional de su función, la tutela de estas desamparadas familias en un mérito que no podrá serle suficientemente reconocido a la Corte – tanto el singular valor de conjunto de su avanzada jurisprudencia para la configuración e interpretación del aparato internacional puesto a tutela de los derechos humanos ante todo ello, como el consiguiente interés de su estudio.

Pero junto a tal condición de crimen de lesa humanidad, la desaparición forzada de personas se verá adicionalmente caracterizada por una segunda nota específica y de gran trascendencia en cuanto a su actualidad: su configuración internacional como delito de consumación permanente.

Pocas dudas cabe inferir igualmente a este segundo respecto, sea de la propia vigente *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 1992⁸, del sentido de su desarrollo interpretativo conforme sus *Comentarios Generales* formulados en sede de Naciones Unidas⁹, y tal y como, de

⁶ *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión, Documento E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, Consejo Económico y Social, pto. 65.

⁷ Sobre todo ello véase igualmente, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, ob cit.* Pto 65. Y así de nuevo con NOWAK: Como las desapariciones forzadas forman parte seguramente de las violaciones más crueles de los derechos humanos que constituyen un ataque directo contra la vida, la libertad y la dignidad del ser humano, no es sorprendente que esos actos figuren entre los primeros reconocidos como crímenes de lesa humanidad en la evolución del derecho penal internacional moderno. Ya en los proyectos de convenciones propuestos en el Coloquio de París de 1981 y por la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (FEDEFAM) en 1982 se sugirió que las desapariciones forzadas debían considerarse crímenes de lesa humanidad. Un año más tarde, la Asamblea General de la OEA declaró en una resolución histórica que la desaparición forzada era “una afrenta a la conciencia del hemisferio... y constituye un crimen de lesa humanidad”. *Ibidem*.

⁸ 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”.

⁹ Así, conforme el *General Comment on article 17 of the Declaration*: El sentido y propósito general del artículo es el de asegurar las condiciones que permitan que los responsables de actos constitutivos de desaparición forzada sean llevados ante la justicia dentro de una concepción restrictiva de los instrumentos de prescripción legal (pto.27); en definitiva, “*The article is intended to prevent perpetrators of those criminal acts from taking advantage of statutes of limitations*”, y así, la interpretación del artículo 17 debe ser acorde con las previsiones de los artículos 1 (1), 2 (1), 3 y 4 de la Declaración, con

hecho, ha sido igualmente plasmado en otros instrumentos internacionales como la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*¹⁰, o la nueva *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* 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 2007¹¹ –; Tanto es así que dicho consustancial carácter permanente de la desaparición forzada de personas ha venido a ser, de hecho, el principal escollo a toda pretensión de validez o reconocimiento de las distintas fórmulas *pro impunidad* a medida de los perpetradores frente al deber de persecución universal e imprescriptible hasta en las regiones más alejadas de la tierra, en lo que habrá de ser materia atinente a toda la humanidad y no cuestión privativa de ningún Estado sobre la que disponer.

En otras palabras, sin investigación efectiva de los hechos por parte del Estado, sin que se respete el derecho de los familiares a conocer la verdad, y sin plena reparación a los mismos, la desaparición forzada de personas quedará, respecto la entera comunidad internacional, más allá del alcance de amnistías domésticas y leyes de punto final, siendo esta una nota específica y diferenciadora de esta tipología delictiva incluso respecto a otros crímenes de carácter internacional¹². Como señalaría todavía con

miras a establecer la severa persecución penal de estos crímenes que permita la erradicación de tal práctica. Esto será lo que explique y justifique el enfoque restrictivo en la aplicación de tales limitaciones legales respecto tal tipología delictiva (pto. 32), *Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, <http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GeneralCommentsCompilationMay06.pdf>.

¹⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Así conforme su artículo tercero, “(...) Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

¹¹Y así conforme al artículo 5 de la misma: “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 de este delito.”. 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, pág. 174 y ss.

¹² Así, ya el art. 18 de la Declaración de 1992 establecería, con especial significación para el caso español: 1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 *supra* no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. 2. En el ejercicio del derecho de gracia deberá tenerse en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada.” Señalándose igualmente en los *General Comments*, pto. 8, como aún en los casos excepcionales en los que tales leyes de amnistía pudieran resultar compatibles con la práctica de desapariciones forzadas, estas deberán observar determinados límites, y entre ellos: (c) Los perpetradores de las desapariciones no han de beneficiarse de tales leyes en tanto el Estado no haya cumplido plenamente sus obligaciones de investigar las circunstancias relevantes resultantes en la desaparición, de

contundencia CRESPO BARQUERO en relación al caso Pinochet, “el delito de desaparición forzada, es decir, los secuestros o detención ilegal de una persona con desaparición, sin dar razón de su paradero, es, en la legislación española, en la legislación británica y en todas las legislaciones un delito de efecto permanente. En consecuencia, se consuma desde que se produce la desaparición y mientras no vuelva a aparecer la persona secuestrada o se tenga certeza de su muerte”¹³. Mientras la situación de desaparición no se vea interrumpida en tales términos y no quede esclarecido el paradero del desaparecido, o de sus restos mortales, la consumación continuará abierta y no podremos hallarnos ante otra cosa, por el contrario, que no sea un “punto y seguido”, sostenido en el tiempo, de especial trascendencia todo ello si dicha consumación se prolonga además hasta el momento actual, más allá incluso de la entrada en vigor en julio de 2002 del Estatuto de Roma siendo España uno de sus firmantes. La concreta significación jurídica de todo ello a la vista de un mecanismo de *complementariedad* precisamente previsto para los contextos consolidados de impunidad y constatada inhibición por parte de las autoridades del lugar, habrá de ser, sin duda, del más amplio alcance¹⁴.

Así, siquiera brevemente encuadrada la actualidad y urgencia jurídica de la cuestión en sus orígenes conceptuales y contexto normativo internacional, nos centraremos aquí, particularmente, en los parámetros esenciales que marcan la correcta actuación del Estado democrático y de derecho que, como en el caso de la reestablecida democracia española, se ve confrontado con una violación masiva y manifiesta de los derechos humanos de tal sobrecogedora magnitud. Ello tanto respecto el análisis de los concretos mecanismos de atribución de responsabilidad internacional por su propia actuación *una vez retomada la andadura democrática* – y no sólo ya la consabida responsabilidad del periodo dictatorial –, conforme el denominado principio de diligencia debida en la tutela de los derechos humanos, como, sobre todo, respecto el comentario de las principales sentencias de la Corte que han dado lugar a la progresiva concreción y desarrollo del alcance y perfil jurisprudencial de las medidas reparatorias *seriamente debidas* a estas víctimas en virtud de ello mismo – lo que en realidad habrá

identificar y detener a los perpetradores, y asegurar la satisfacción del derecho a la justicia, verdad e información, restitución, reparación, rehabilitación y compensación a las víctimas. Los procesos de verdad y reconciliación en nada han de oponerse a la paralela función de los procesamientos e investigaciones especiales respecto las desapariciones, *General comment on article 18 of the Declaration WGEID Report 2005 (E/CN.4/2006/56), Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, <http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GeneralCommentsCompilationMay06.pdf>.

¹³ CRESPO BARQUERO, P. (2000): “La Justicia y los <<desaparecidos>> de las dictaduras chilena y argentina”, en DELGADO, I (Coord.): *Impunidad y derecho a la memoria: de Pinochet a Timor*, Sequitur, Madrid, pág. 63-64.

¹⁴ Para un análisis monográfico de éste y otros aspectos ligados a la olvidada cuestión, desde el ámbito del Derecho penal internacional y pese a su vigente trascendencia, de los crímenes contra la humanidad de desaparición forzada perpetrados por la dictadura franquista nos remitimos aquí a nuestro estudio monográfico de próxima aparición, RODRÍGUEZ ARIAS, M.A. (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo: Crimen contra la humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, investigación centrada en la poco tratada modalidad de desaparición forzada infantil y de la que es deudora el presente artículo sobre la desaparición forzada seguida de ejecución extrajudicial y las obligaciones internacionales del Estado, nuevamente democrático, ante dicho pasado. Para un abordaje de la cuestión de la impunidad en términos más amplios, con una extensa documentación histórica, jurídica, periodística y de opinión relativa a la misma nos es obligado remitir aquí a la web del Equipo Nizkor y su informe, *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, de 14 de Abril de 2004, suscrito por una larga serie de organizaciones sociales, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.pdf>.

de interesarnos aquí por encima de cualquier otra consideración –, muy especialmente en cuanto a la clara comparativa resultante entre el ser y el deber ser internacional, verdaderamente a la vista por sí mismo en el caso del sometimiento a desaparición forzada, por decenas de miles, de los defensores de la Segunda República Española.

II. La histórica sentencia *Velásquez Rodríguez contra Honduras* y el principio de diligencia debida del Estado ante la desaparición forzada.

Suscitada ante la desaparición de Manfredo Velásquez, joven estudiante activista introducido a la fuerza en un vehículo por varios hombres armados el 12 de septiembre de 1981 en el centro de Tegucigalpa y a plena luz del día, el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*¹⁵ supondría un significativo desarrollo de las reglas de imputación de la responsabilidad internacional del Estado ante las desapariciones forzadas perpetradas bajo su jurisdicción, o, más ampliamente, ante los actos de cualesquiera agentes que lesionen los derechos humanos bajo la misma, suponiendo, de hecho, la consagración jurisprudencial de el principio de diligencia debida en este ámbito.

Varias serían las valiosas consideraciones de la Corte Interamericana ante tan fundamental cuestión.

En primer lugar, respecto el deber de proteger y garantizar los derechos humanos como compromiso expresado en incontables instrumentos internacionales ratificados por los Estados, que “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación” sino que implicara “la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁶, la Corte Interamericana reafirmará “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁷ de modo que “como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹⁸.

En segundo lugar, desde la complementaria afirmación fundamental de que las infracciones de tales deberes por parte de los Estados no podían ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores, la Corte Interamericana sostendrá como, a los efectos del análisis de la diligencia del Estado será *irrelevante* la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, “hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.

¹⁶ *Idem*, párr. 167.

¹⁷ *Idem*, párr. 166.

¹⁸ *Ibidem*.

se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”¹⁹, en definitiva, de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos²⁰.

De modo que, conforme tal posicionamiento “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”²¹, haciéndose, en caso contrario, acreedor de responsabilidad internacional.

Y así, pormenorizadamente y conforme tal sentencia:

- El deber de prevención abarcará todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Como señalará igualmente la Corte, no es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte; se tratará de una obligación de medio o comportamiento y no se demostrará su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado²².

- El Estado estará, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. *Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción*²³.

- Más aún, con especial relevancia para el establecimiento de los deberes de búsqueda de los desaparecidos por parte de las propias instituciones gubernamentales, y en ningún caso relegada la cuestión al ámbito privado familiar como señalará la Corte:

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar también será, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el sólo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con

¹⁹ Velásquez Rodríguez, *ob cit.* párr. 173.

²⁰ *Ibidem.*

²¹ Velásquez Rodríguez, *ob cit.* párr. 174.

²² *Idem*, párr. 175.

²³ *Idem*, párr. 176, cursivas propias; la propia Corte definiría posteriormente “impunidad” como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 173.

seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. *Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*²⁴.

De modo que, frente a tales deberes positivos de actuación diligente, la completa inhibición mostrada, en cambio, respecto los mecanismos teóricamente adecuados del Estado hondureño para atender a la investigación de la desaparición de Manfredo Velásquez, así como respecto al cumplimiento de deberes como la reparación de los daños causados y la sanción a los responsables – sin que tampoco los órganos del Poder Ejecutivo abordaran, por su parte, una investigación seria para establecer la suerte del desaparecido – determinaría la responsabilidad y condena internacional sin paliativos de Honduras²⁵; más aún cuando los hechos denunciados se referían a una práctica cumplida dentro del seno de la institución armada la cual, por su naturaleza, está cerrada a investigaciones particulares²⁶, cerrándose pues con ello, sobre sí mismo, el círculo de la impunidad – el Estado que efectivamente puede, y debe, investigar la desaparición se inhibe y contribuye a la impunidad abandonando a las víctimas a su esfuerzo y el de sus familias que, por el contrario, aún queriendo hacerlo, no tendrá el acceso a los registros y expedientes militares –.

Dicha configuración de la diligencia debida jurisprudencialmente sentada ante las desapariciones forzadas en Velásquez Rodríguez contra Honduras sería además progresivamente acogida en lo internacional, en ámbitos tales como la lucha a la discriminación contra la mujer y la violencia de género²⁷ o de la violación de los Derechos Económicos y Sociales²⁸ como parámetro concreto de medición de el esfuerzo y la voluntad política desplegados por el Estado para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, ofreciéndonos, como ha sido igualmente señalado, un *umbral* de la acción y el esfuerzo que debe realizar un Estado para cumplir con su deber de proteger a las personas contra el abuso de sus derechos.

²⁴ *Velásquez Rodríguez, ob cit.* párr. 177, cursivas propias.

²⁵ *Idem*, párr. 178 y 180.

²⁶ *Idem*, párr. 180.

²⁷ Así el principio de la *diligencia debida* habrá sido igualmente plasmado en distintas resoluciones y posicionamientos de organismos de Naciones Unidas como la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “La violencia contra la mujer “, 11º período de sesiones, 1992, A/47/38, párr. 9; en la posterior *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, de la propia Asamblea General, Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993, particularmente su Art. 4 c), hasta llegar, más recientemente, a la Resolución 55/66, *Hacia la eliminación de los delitos de honor cometidos contra la mujer*, dónde se recogerá también expresamente como: “los delitos de honor cometidos contra la mujer son una cuestión de derechos humanos y que los Estados tienen la obligación de ejercer la diligencia debida para impedir esos delitos, investigarlos, castigar a los autores y dar protección a las víctimas, y que no hacerlo constituye una violación de los derechos humanos”, Doc. ONU. A/RES/55/66, de 31 de enero de 2001.

²⁸ Vid. *Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, doc. ONU E/C.12/2000/13; véase igualmente, “El principio de la diligencia debida”, en: AMNISTÍA INTERNACIONAL (2000): *Respetar, proteger, observar...los derechos humanos de la mujer*, Índice AI: IOR 50/01/00/s.

III. El caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*: la obligación de exhumar los restos mortales y el reconocimiento de los familiares como víctimas de la desaparición forzada.

En el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*²⁹, Efraín Bámaca Velásquez, conocido como Comandante Everardo, desaparecería a manos del ejército guatemalteco en marzo de 1992 entre informaciones contradictorias que apuntaban tanto a su posible ejecución como a su condición de “prisionero secreto” de las autoridades para ser sometido a torturas con la finalidad de “romperlo psicológicamente” y “maximizar su valor de inteligencia” e información, en la terminología militar empleada³⁰. En medio de obstáculos, dilaciones y negativas de las autoridades, su esposa y otros allegados iniciarían una ardua lucha para determinar el paradero del desaparecido que les llevaría a protagonizar varias huelgas de hambre ante las instituciones nacionales, a captar la atención de los medios de comunicación en EEUU y emprender distintas acciones legales y diplomáticas, concurriendo, además, otros elementos trágicos no esclarecidos como el asesinato de Shilvia Jerez fiscal asignada al caso.

Varias serán las cuestiones de trascendencia abordadas en el fallo para el desarrollo del tratamiento internacional de las desapariciones forzadas en clave de diligencia debida, brillando con luz propia los análisis formulados en sus votos razonados por los magistrados CANÇADO TRINDADE y GARCÍA RAMÍREZ desde una postura concordante con el posicionamiento de la Corte:

a) La obligación del Estado responsable de devolver los restos mortales a los familiares.

En primer lugar y como señalará GARCÍA RAMÍREZ, de un lado se partirá de la constatación del “derecho que asiste a los familiares de una persona que ha fallecido de recibir los restos mortuorios de ésta, independientemente de cualesquiera consideraciones étnicas, religiosas, culturales que particularicen el caso”, “un derecho universal, irreductible”³¹; y ello sin perjuicio de que, en todo caso, se haya tomado en consideración adicionalmente “la relevancia específica que la recepción, la honra y la adecuada inhumación de esos restos poseen en la cultura maya, *etnia mam*, a la que perteneció la víctima y pertenecen sus allegados. No hay conflicto alguno entre estos

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000.

³⁰ No habrán de faltarnos tampoco referentes inmediatos de esto mismo en los últimos años, en lo que representará una tercera modalidad específicamente reconocible de crimen contra la humanidad de desaparición forzada, como sustracción del sujeto de la tutela del derecho, no ya con fines de ejecución extrajudicial o de robo de su identidad, sino con las aludidas finalidades de tortura y ruptura psicológica del sujeto, al servicio de la inteligencia militar – también aquí *en la noche y la niebla*, como solución más efectiva en sus resultados ante lo incierto del veredicto condenatorio de los tribunales como señalará Keitel, pues esa fue precisamente la idea central del *Nacht und Nebel Erlass*, la articulación de un sistema alternativo desde el que llevar a cabo sin interferencias la finalidad pretendida por las autoridades –, siendo de obligada referencia aquí el informe recientemente publicado por Amnistía Internacional: *United States of America, Below the radar: Secret flights to torture and ‘disappearance’*, AI Index: AMR 51/051/2006, <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR510512006>; Igualmente tratado todo ello al abordar el concepto y perspectivas de desarrollo de la desaparición forzada en *Los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, *ob cit.*

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 2.

derechos, que son manifestaciones o círculos concéntricos de una misma facultad jurídicamente tutelada”³²; ello mientras por su parte CANÇADO TRINDADE desde un enfoque más antropológico y sociocultural calificaría esta cuestión como “una preocupación de las más antiguas del ser humano” como lo ejemplificarán obras como, el *Libro de los Muertos de los Antiguos Egipcios* (de 2350-2180 a.C.), “un tema verdaderamente universal, además de perenne, cultivado por las culturas de todos los pueblos en todos los tiempos”³³, destacando por tanto lo “verdaderamente penoso y preocupante” de constatar que no es esta la primera vez que, en casos sometidos al conocimiento de la Corte Interamericana, se presenta, en el marco de la desaparición forzada de personas, tal falta de respeto de las autoridades del Estado por los restos mortales³⁴; para CANÇADO TRINDADE esta habría de ser una cuestión de verdadero vínculo de solidaridad social no sólo entre los miembros vivos de la comunidad, esto es, en el espacio sino también hacia los ya fallecidos, desde una dimensión ya temporal de pertenencia, llegando a apuntar en su voto razonado:

El presente caso, en efecto, realza la necesidad de considerar el ser humano en relación con el medio social en que vive (y muere), y sus derechos en relación con el medio social en que son ejercidos. (...) lo que concebimos como el *género humano* abarca no sólo los seres vivos (titulares de los derechos humanos), sino también los muertos (con su legado espiritual). El respeto a los muertos se debe efectivamente en las personas de los vivos. La solidaridad humana tiene una dimensión más amplia que la solidaridad puramente social, por cuanto se manifiesta también en los lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos (...) En definitiva, los vivos y los muertos encuéntrase mucho más vinculados de lo que uno pueda *prima facie* suponer, y esta realidad no puede seguir siendo ignorada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en evolución³⁵.

No iría desencaminada dicha especial sensibilidad manifestada en torno a toda esta cuestión por CANÇADO TRINDADE y dicha realidad no seguiría ocupando un segundo plano mucho más tiempo siendo, de hecho, la nueva Convención Internacional de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas la que, en sus artículos 15 y 24.3 contemplaría expresamente esta cuestión³⁶, lo que constituiría una de las concretas innovaciones respecto la precedente declaración de 1992. Esto es: el consenso convencional internacional, unánime, del deber positivo del Estado de exhumar como

³² *Ibidem*.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 8.

³⁴ *Idem*, párr. 1.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 25; Y abundando sobre la misma idea: “La solidaridad humana se manifiesta en una dimensión no sólo espacial - es decir, en el espacio compartido por todos los pueblos del mundo, - sino también en una dimensión temporal - es decir, entre las generaciones que se suceden en el tiempo, tomando el pasado, presente y futuro en conjunto. Es la noción de solidaridad humana, entendida en esta amplia dimensión, y jamás la de soberanía estatal, que se encuentra en la base de todo el pensamiento contemporáneo sobre los derechos inherentes al ser humano”, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 23.

³⁶ “Artículo 15. Los Estados Partes cooperarán entre sí y se prestarán todo el auxilio posible para asistir a las víctimas de las desapariciones forzadas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, en la exhumación, la identificación de las personas desaparecidas y la restitución de sus restos.”

“Art 24.3. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos.”

medida de la diligencia esperable y de reparación a las víctimas ante esta modalidad de violación de los derechos humanos que habrá de tener así en España uno de los países más afectados del globo al hallarse aún su entero territorio, de norte a sur, sembrado de incontables fosas comunes y enterramientos masivos, sin identificar mientras los familiares siguen sin conocer de forma cierta la suerte de sus seres queridos.

b) La ampliación de la posición de víctima ante el sufrimiento de los familiares privados de los restos mortales y del derecho a conocer la verdad.

La misma constatación de lo anterior, conllevará otra consecuencia aún si cabe más trascendente: el reconocimiento de la especial posición de los familiares, tanto por el carácter inhumano de tal tratamiento dispensado a éstos por parte del Estado como por la reafirmación del derecho igualmente vulnerado a conocer la verdad en torno a las circunstancias de la desaparición: de la negación estatal de ambos extremos resultará la plena consideración jurídica como propias víctimas de la desaparición de los familiares y allegados, junto a los propios desaparecidos.

Y así será también recogido expresamente por primera vez en el artículo 24 de la nueva Convención de diciembre de 2006³⁷, aún si en el artículo 19 de la aún vigente Declaración de 1992 cabía percibir ya un reconocimiento implícito a este respecto:

Las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible. *En caso de fallecimiento de la víctima a consecuencia de su desaparición forzada, su familia tendrá igualmente derecho a indemnización*³⁸.

Como recapitulará CANÇADO TRINDADE ante el caso Bámaca:

Ya en ocasiones anteriores, como en el caso *Blake* (Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, y reparaciones, del 22.01.1999), y en el caso de los "*Niños de la Calle*" (Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999), la Corte Interamericana expuso correctamente la fundamentación jurídica de la *ampliación de la noción de víctima*, a abarcar, en las circunstancias específicas de los referidos casos (en los cuales los restos mortales de los victimados estuvieron no-identificados u ocultados por algún tiempo), también los familiares inmediatos de las víctimas directas. (...) La ampliación de la noción de víctima vuelve a ocurrir en el presente caso, en relación con los familiares inmediatos del Sr. Efraín Bámaca Velásquez. El intenso sufrimiento causado por la muerte violenta de un ser querido es aún más agravado por su desaparición forzada, y revela una de las grandes verdades de la condición humana: la de que la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos (a veces desagregando el propio núcleo familiar), tanto por el intenso sufrimiento y la

³⁷ "Artículo 24. 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."

³⁸ Art. 19 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas ob cit.*, cursivas propias. Una vez igualmente considerados víctima de la desaparición, pues, los familiares más allegados, el resto de la familia seguirá teniendo el derecho a la indemnización incluso tras la muerte de estos, y no ya sólo respecto los propios desaparecidos, hecho este igualmente trascendente respecto el caso español. Así por ejemplo, y entre los más recientes pronunciamientos, en el caso Serrano Cruz contra el Salvador la familia será igualmente indemnizada por el sufrimiento experimentado durante los años de búsqueda por la ya fallecida madre de las desaparecidas.

desesperación causados, cuanto por sustraer a todos del manto protector del Derecho. Este entendimiento ya forma hoy, en el umbral del siglo XXI, *jurisprudence constante* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁹.

Ello mientras, en su voto razonado sobre la sentencia de fondo GARCÍA RAMÍREZ destacará el avance de la sentencia Bámaca Velásquez, en el contexto de una jurisprudencia evolutiva que trabaja sobre las figuras de víctima directa e indirecta y beneficiarios de aquélla, en la línea de elaboración de un concepto amplio de víctima de la violación “que distingue entre la afectación de derechos correspondientes al señor Efraín Bámaca Velásquez, por una parte, y la vulneración de derechos de los familiares de éste y de la señora Jennifer Harbury, por la otra. Es claro que algunas violaciones recayeron directa e inmediatamente sobre aquél; otras, sobre la señora Harbury y los familiares cercanos del señor Bámaca”⁴⁰; de modo que “la distinción técnica entre ambas categorías no implica que alguna de ellas revista mayor jerarquía para los fines de la tutela jurídica. Ambas se hallan igualmente tuteladas por la Convención y pueden ser atendidas en la Sentencia, tanto para considerarlas, sustantivamente, como sujetos pasivos de una violación, acreedores a reparaciones, como para atribuirles legitimación procesal, de manera genérica e indistinta”⁴¹.

En cuanto al derecho a la verdad, igualmente plasmado con contundencia como una de las obligaciones del Estado en la nueva Convención de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas⁴², CANÇADO TRINDADE apuntaría también una dimensión más amplia de la que se pueda desprender *prima facie* del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴³:

Más allá del enunciado en aquella disposición, que inspiró otras disposiciones congéneres de distintos tratados de derechos humanos, el derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos. El ocultamiento de los restos mortales de una persona desaparecida, en una flagrante falta de respeto a los mismos, amenaza romper el lazo espiritual que vincula los muertos a los vivos, y atenta contra la solidaridad que debe guiar los rumbos del género humano en su dimensión temporal⁴⁴. (...) Dado que el Estado tiene el deber de hacer cesar las violaciones de los derechos humanos, la prevalencia del derecho a la verdad es esencial para el combate a la impunidad y se encuentra

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade a la sentencia de fondo del caso Bámaca Velásquez, párr. 39 y 40.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo del caso Bámaca Velásquez, párr. 4.

⁴¹ *Idem*, párr. 5.

⁴² Nótese, así, la propia sistematización de dicho derecho junto a la ampliación de la condición de víctima, siguiendo la misma lógica expresada en su desarrollo por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo aquí expuesto, en el propio apartado segundo del artículo 24 para captar la trascendencia profunda de la praxis jurisprudencial de este organismo: “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”. Entorno a los orígenes del concepto en el Primer Protocolo adicional a la Convención de Ginebra, art 32, y en sede de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el caso *Elena Quinteros contra Uruguay* véase PÉREZ SOLLA, M^a. F. (2006): *Enforced Disappearances in international human rights*, Mc Farland and Company Inc. Publishers, North Carolina, pág. 91 y ss.

⁴³ Conforme el mismo, “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

⁴⁴ Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade a la sentencia de fondo en *Bámaca Velásquez*, *ob cit*, párr. 31.

ineluctablemente ligada a la propia *realización* de la justicia, y a la garantía de no repetición de aquellas violaciones⁴⁵.

c) La difusión de la propia sentencia como forma de conceder satisfacción honorífica.

Finalmente la sentencia Bámaco Velásquez establecería la publicación en el Diario Oficial, y en otro de tirada nacional, como medida de satisfacción honorífica, tal y como será posteriormente recogido en 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* proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas⁴⁶, lo que en palabras de GARCÍA RAMÍREZ había de servir a un triple objetivo:

a) por una parte, la satisfacción moral de las víctimas o sus derechohabientes, la recuperación de una respetabilidad y un crédito que pudieron verse mellados por versiones y comentarios erróneos o falaces; b) por la otra, la formación y el fortalecimiento de una cultura de la legalidad en favor, sobre todo, de las nuevas generaciones; y c) finalmente, el servicio a la verdad en bien de los agraviados y de la sociedad en su conjunto. Todo ello se inserta en el amplio régimen de reconocimiento y tutela de los derechos y en la correspondiente preservación de los valores de una sociedad democrática⁴⁷.

Concluyendo todavía a este respecto como, de hecho, la Corte pudo ir más lejos en tal aspecto, trascendiendo el ámbito territorial del Estado responsable de la violación de los derechos humanos, alcanzando el Estado de residencia de los familiares.

Si se atiende al conjunto de las circunstancias y al propósito de la medida de satisfacción que entraña esta especie de reparaciones, resultaría pertinente que la sentencia se publicase asimismo en el lugar donde reside la persona afectada por el juicio de la opinión pública. En efecto, se trata de que ésta encuentre debida satisfacción social precisamente en el medio donde normalmente se encuentra y desenvuelve. Mediante la difusión de ciertos capítulos de la sentencia no sólo se procura informar al público sobre un hecho relevante, sino también atraer el aprecio social hacia quienes se vieron involucrados en aquél y padecieron injustamente la vulneración de sus derechos⁴⁸.

IV. Bastante más allá de la condena moral: El caso *Molina Theissen contra Guatemala* y el mandato judicial de crear una Base Nacional de Datos Genéticos.

El caso Molina Theissen, familia vinculada a la Universidad guatemalteca y significada por su oposición al régimen, se originará cuando el 6 de octubre de 1981 varios miembros del ejército irrumpen en el domicilio y, tras registrar el inmueble, se lleven a la fuerza al menor Marco Antonio Theissen, de 14 años de edad, introduciéndole a la fuerza en un costal de nailon.

⁴⁵ *Idem*, párr. 32.

⁴⁶ Principio 22, medidas de satisfacción: d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

⁴⁷ Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso *Bámaca Velásquez*, *ob cit*, párr. 3.

⁴⁸ Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso *Bámaca Velásquez*, *Ibidem*.

Suscitado el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos Guatemala reconocería su responsabilidad en los hechos – en la línea del reconocimiento público de responsabilidades previamente realizada por parte del Jefe del Estado el 9 de agosto de 2000 –, retirará las excepciones preliminares inicialmente presentadas y reconocerá su responsabilidad por la violación de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5.1, 5.2, 7, 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos “y por el incumplimiento de la obligación internacional adquirida en los artículos I y II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio del niño Marco Antonio Molina Theissen, sin entrar a determinar la responsabilidad particular o individual de los presuntos victimarios”⁴⁹. En la audiencia pública, las autoridades del Estado expresarían además su “profundo sentimiento de pesar por los hechos vividos y sufridos por Marco Antonio Molina Theissen y su familia desde el 6 de octubre de 1981” pidiéndoles perdón como “una primera muestra de respeto, reparación y garantía de no repetición”⁵⁰.

Aún positivamente valorado por la Corte tal reconocimiento expreso de responsabilidad y petición de perdón por parte del Estado como contribución a la vigencia de los derechos humanos, lógicamente, la escenificación de tal desagravio en sede judicial no sólo no tendrá *per se* carácter sustitutivo alguno respecto el conjunto de las plenas reparaciones debidas a las víctimas, sino que ni tan siquiera exoneraría a Guatemala de un adicional, y más específico, acto público de reconocimiento y desagravio hacia la familia Theissen como reflejaría la sentencia. Las medidas simbólicas y de expresión de condolencias no exoneraría, ni sustituiría, el alcance total de la responsabilidad internacional del Estado ante sus víctimas.

Así, la sencilla evidencia, sorprendentemente no siempre tomada en cuenta – y no sólo por Guatemala –, de que el deber positivo de actuar del Estado ante la desaparición forzada trasciende los actos de homenaje y las buenas intenciones para alcanzar, o no, el debido cumplimiento de la plenitud de las medidas reparatorias internacionalmente previstas, resultará, pues, la primera constatación de la sentencia Molina Theissen. Antes al contrario: el arrepentimiento y reconocimiento de las autoridades habrá de constituir sin duda la más deseable actitud para que el Estado se apreste a enmendar, finalmente y sin mayor tardanza, la situación derivada de su precedente inhibición en la materia, cumpliendo de buena fe con sus obligaciones hacia las víctimas y cesando en su violación de la legalidad internacional en materia de derechos humanos.

Entre los distintos deberes reparatorios de actuar positivo igualmente impuestos a las arrepentidas autoridades de Guatemala – al margen de la propia satisfacción de las indemnizaciones monetarias igualmente firme – la sentencia sobre reparaciones de 3 de julio de 2004 contemplaría, pues, las siguientes obligaciones:

a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables.

A este respecto de un lado la Corte destacará los sentimientos de inseguridad,

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Molina Theissen contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo 4 de mayo de 2004, párr. 36.

⁵⁰ *Ibidem*.

impotencia y angustia de los familiares debidos a la propia deficiente investigación emprendida por las autoridades, que habría impedido sancionar a los responsables en una situación calificada de “imperio de la impunidad”, señalando con toda claridad:

A la fecha de esta Sentencia, después de más de veintidós años de ocurridos los hechos del presente caso, no se ha identificado, juzgado y sancionado a los responsables de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen. Por lo tanto, se ha configurado una situación de impunidad que constituye una infracción del deber del Estado al que se ha hecho referencia, lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata⁵¹.

Y ello al tiempo que la Corte incidirá nuevamente, al igual que respecto el caso Bámaco Velásquez, en el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares a conocer la verdad:

Los familiares de Marco Antonio Molina Theissen tienen derecho de conocer lo sucedido a éste y saber dónde se encuentran sus restos. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su reconocimiento puede constituir un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima⁵².

Una y otra consideración convergerán en la argumentación de la Corte en el concreto deber positivo de investigar efectivamente los hechos con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de Marco Antonio, debiendo ser además el proceso públicamente divulgado, para que la entera sociedad guatemalteca conozca la verdad, puntualizando todavía:

La Corte advierte que el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria⁵³.

b) Obligación de buscar los restos mortales de la víctima y entregarlos a sus familiares como garantía de no repetición.

Siguiendo igualmente lo antes analizado respecto el caso Bámaca Velásquez, y reconocida esta medida entre las reparaciones atinentes a las denominadas “garantías de no repetición”, la Corte Interamericana será igualmente tajante, puntualizando todavía varios aspectos del deber estatal a tal respecto:

Este Tribunal considera que el Estado debe localizar y hacer entrega de los restos mortales de Marco Antonio Molina Theissen a sus familiares, a fin de que reciban sepultura según sus costumbres y creencias. Además, el Estado debe brindar las condiciones necesarias para trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos, y satisfacer los deseos de la familia en relación con la sepultura⁵⁴.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Molina Theissen contra Guatemala, sentencia sobre reparaciones de 3 de julio de 2004, párr. 79.

⁵² *Molina Theissen, reparaciones, ob cit*, párr. 81.

⁵³ *Idem*, párr. 83. Así en el mismo sentido de los arts. 13.6 y 18.1 de la Declaración de 1992.

⁵⁴ *Idem*, párr. 85.

c) Designación de un centro educativo con el nombre de los desaparecidos como forma adicional de homenaje y desagravio.

Junto a la ya aludida publicación de la sentencia dos serán las medidas adicionalmente impuestas a Guatemala dándose un paso más en este ámbito⁵⁵.

La primera, más allá del arrepentimiento expresado por las autoridades, y precisamente “para que dicha declaración rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición”⁵⁶, consistirá en la organización de un *acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y en desagravio de Marco Antonio Molina Theissen y de sus familiares*, acto que *deberá* contar, además, con la presencia de altas autoridades del Estado,

La segunda consistirá en la “designación de un centro educativo existente ubicado en la ciudad de la comisión de los hechos, con un nombre que aluda a los niños desaparecidos durante el conflicto armado interno, y colocar en dicho centro una placa en tributo de Marco Antonio Molina Theissen”, y ello con la expresa finalidad de contribuir a “despertar la conciencia pública para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso y a conservar viva la memoria de la víctima”⁵⁷.

d) El mandato judicial de creación de una Base Nacional de Datos Genéticos.

Por último, pero resultando sin duda lo más trascendente e innovador del entero fallo Molina Theissen en cuanto a medidas de diligencia debida por parte del Estado, ya en el capítulo de las *medidas legislativas, administrativas y de otra índole* que resulten necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos, la Corte expresará su convicción – a la luz de las alegaciones de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de testigos y peritos – en torno al hecho de que en caso de desapariciones forzadas de personas es de suma importancia que se cuente con un banco de datos genéticos que permita identificar a las personas desaparecidas o sus restos⁵⁸, lo que, no nos es posible aquí obviarlo, en todo caso habrá de ser ubicado en el contexto de la pionera y conocida experiencia de Argentina, ya desde mediados de los ochenta, y su Base Nacional de Datos Genéticos para la localización de las víctimas de la dictadura creada por ley 23.511/87⁵⁹.

Dos serán así las medidas de obligada actuación por Guatemala a este respecto sucintamente expresadas todavía en el Caso Molina Theissen:

a) un procedimiento expedito que permita obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada, con fines de filiación, sucesión y reparación y demás efectos civiles relacionados con ella; y

b) un sistema de información genética que permita la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y su identificación⁶⁰.

⁵⁵ *Molina Theissen, reparaciones, ob cit*, párr. 86.

⁵⁶ *Idem*, párr. 87.

⁵⁷ Ambas citas, *Idem*, párr. 88.

⁵⁸ *Idem*, párr. 90.

⁵⁹ Ley Nacional Argentina 23.511/87 que crea el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) de 13 de mayo de 1987, Boletín Oficial, 10 de julio de 1987.

⁶⁰ *Molina Theissen, reparaciones, ob cit*, párr. 91. Como veremos a continuación en parecidos términos y como señalará la posterior sentencia Serrano Cruz contra el Salvador volviendo sobre el mismo punto: El

V. El caso *Serrano Cruz contra El Salvador*: el mandato judicial de crear un organismo gubernamental de búsqueda de los desaparecidos.

El caso *Serrano Cruz contra el Salvador*⁶¹, suscitado por la desaparición de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, vistas por última vez veintiún años antes a bordo de un transporte militar, supondrá un ulterior desarrollo respecto de buena parte de los postulados de diligencia debida hasta aquí abordados, en particular respecto una clara reafirmación del genuino carácter estatal de la acción de búsqueda de los desaparecidos, acompañada ahora además de un expreso reconocimiento de la debida garantía de la participación de las organizaciones ciudadanas, si bien en primer lugar, y junto a ello, será igualmente apreciable la propia amplitud de los términos de las indemnizaciones económicas a satisfacer por el Estado, alcanzando a las propias hermanas, con independencia de hallarse éstas aún en dicha situación de desaparición forzada y del propio fallecimiento de la madre de éstas que había suscitado la búsqueda; la obligación de reparar continuará vigente para el resto de la familia y allegados, largamente sometidos al sufrimiento de la situación creada primero – y permitida después – por el Estado en los términos de victimización jurídicamente relevante en lo internacional⁶², alcanzando igualmente las indemnizaciones, de forma congruente, “los gastos por medicinas y tratamientos psicológicos que requirieron los familiares de Ernestina y Erlinda como consecuencia del sufrimiento ocasionado por la desintegración familiar, inseguridad, frustración, angustia e impotencia ante la abstención de las autoridades judiciales de investigar diligentemente lo sucedido a Ernestina y Erlinda y determinar su paradero dentro de un plazo razonable. Asimismo, debe comprender los gastos en que incurrieron los familiares de Ernestina y Erlinda con el fin de indagar su paradero”⁶³; la Corte Interamericana ordenará también, en relación a los propios colectivos y asociaciones intervinientes en apoyo de la familia Serrano Cruz, singularmente la Asociación Pro-Búsqueda del Salvador, el reintegro de todos los gastos asumidos tanto respecto las costas y gastos en que incurrió en el ámbito interno como en el proceso internacional emprendido ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁶⁴.

De este modo, las cuantías indemnizatorias a favor de las propias niñas perdidas habrán de ser depositadas en una cuenta y, de no poder ser finalmente localizadas – una vez seriamente activada su búsqueda por parte de las autoridades –, éstas pasarán igualmente a sus familiares.

Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para crear un sistema de información genética que permita obtener y conservar datos genéticos que coadyuven a la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y sus familiares y su identificación. El Estado deberá cumplir con esta reparación en un plazo razonable para poder encontrar a los niños y niñas que tuviesen algo que ver con el conflicto”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, sentencia de 21 de marzo de 2005, párr. 192.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, sentencia de 21 de marzo de 2005.

⁶² Así en el presente caso Serrano Cruz la Corte sostendrá: “El daño inmaterial de las hermanas Serrano Cruz y de sus familiares resulta evidente, toda vez que la falta de una investigación seria y diligente por parte de las autoridades estatales para determinar lo sucedido a aquellas y, en su caso, identificar y sancionar a los responsables, y la falta de adopción de medidas idóneas que coadyuvaran a la determinación de su paradero, impiden la recuperación emocional de los familiares y causan un daño inmaterial a todos ellos”, *Serrano Cruz*, *ob cit*, párr. 158.

⁶³ *Serrano Cruz*, *ob cit*, párr. 152.

⁶⁴ *Idem*, párr. 207.

A continuación analizaremos las innovaciones y ulterior desarrollo que el caso Serrano Cruz implicará, a su vez, respecto el caso Molina Theissen.

a) Creación de una Comisión Nacional de búsqueda de los desaparecidos plenamente participada en su funcionamiento por la sociedad civil.

Constatada la efectiva existencia en el ámbito nacional del denominado “Decreto Ejecutivo No. 45” de creación de la ‘Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a Consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador’”, la primera obligación positiva de actuar que la Corte impondrá al Salvador será la de “efectuar una búsqueda seria de las víctimas”⁶⁵, más allá de las apariencias, en el entendido de que para ello es preciso, “que se asegure que todas las instituciones y autoridades estatales se encuentren obligadas a prestar su cooperación en el suministro de información a la comisión nacional de búsqueda y en el acceso a todos los archivos y registros que pudieran contener datos sobre los posibles destinos de los jóvenes a que se hace referencia⁶⁶. Notando sobre todo la Corte, “con preocupación” como “el mencionado Decreto No. 45 establece que la referida Comisión Interinstitucional de Búsqueda estará integrada solamente por autoridades estatales, pese a que podría contar con la colaboración y acompañamiento de otras instituciones públicas como la Corte Suprema de Justicia o la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos⁶⁷”.

En ello estribará, de hecho, otra importante novedad al respecto quedando establecida por la Corte la obligación de *plena participación de las organizaciones ciudadanas en dicha Comisión de búsqueda de los desaparecidos*, justamente, como consecuencia concreta de la constatada ausencia de la diligencia estatal debida y en términos preventivos de dicha ausencia hacia el futuro. Desde una concepción de fondo de ciudadanía singularmente comprometida vendrá a consagrarse tal participación ciudadana como un antídoto a la negligencia y un elemento de garantía para las víctimas y sus derechos en el futuro funcionamiento del órgano:

Según la prueba aportada en el presente caso, los resultados positivos en la búsqueda y localización de los jóvenes desaparecidos cuando eran niños durante el conflicto armado, y su reencuentro y recuperación de las relaciones familiares no fueron consecuencia del actuar diligente del Estado, sino de la Asociación Pro-Búsqueda y los familiares de las personas desaparecidas (...). Por ello, el Tribunal estima necesario que en la composición de la comisión nacional de búsqueda se incluya a las instituciones estatales que han mostrado interés en la solución de este problema y a otras que correspondiere por las funciones que desempeñan, así como que se dé participación a la sociedad civil a través de organizaciones no gubernamentales que se han dedicado a dicha búsqueda o que están especializadas en el trabajo con jóvenes desaparecidos, como por ejemplo la Asociación Pro-Búsqueda⁶⁸.

Y así el Estado no sólo deberá asumir el esfuerzo institucional de la búsqueda prestando a ello “todos los medios económicos, técnicos, científicos y de otra índole

⁶⁵ Así en la parte dispositiva, pto. sexto, se señalará expresamente la obligación de, en un plazo razonable, “investigar efectivamente los hechos denunciados en el presente caso, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, eliminar todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones en el presente caso, de modo que utilice todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas”, *Idem*.

⁶⁶ *Idem*, párr. 186.

⁶⁷ *Idem*, párr. 188.

⁶⁸ *Serrano Cruz*, *ob cit*, párr. 188.

idóneos para determinar el paradero de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, solicitando, en caso de ser necesario, la cooperación de otros Estados y organizaciones internacionales.”⁶⁹, en la línea con el marco de obligaciones antes analizado, sino que, entrando también significativamente a dictaminar aspectos esenciales en cuanto al modo *diligente* de hacerlo, deberá garantizar igualmente las condiciones de plena participación de las organizaciones sociales en el proceso.

Con ello se introducirá además, resulta obligado hacerlo aquí autónomamente visible, un reconocible antecedente en torno a la creación de las condiciones para una plena participación ciudadana, de amplias posibilidades, en conexión a la idea de la diligencia estatal debida en la tutela Estatal de los derechos humanos, verdadera condición necesaria, más allá de las apariencias – no cabe calificarlo de otra manera a tenor del propio fallo – conforme esta histórica sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que, en si mismo, habrá de constituir un fecundo elemento de desarrollo de valiosas implicaciones en términos de modernidad, gobernabilidad democrática y derechos humanos, más allá del ámbito de este estudio.

El aseguramiento de una participación expresada en tales términos será expresión de dicha misma diligencia debida del Estado en la protección de los derechos humanos.

b) Creación de una página web informativa y de búsqueda.

Otro llamativo deber positivo del Estado expresión de su debida diligencia conforme el fallo Serrano Cruz será la creación de una página web mediante la cual:

- Se difundan los nombres y apellidos, posibles características físicas, y todos los datos con los que se cuenta de las hermanas Serrano Cruz, así como de sus familiares.

- Se establezcan direcciones y teléfonos de contacto de instituciones estatales y de la sociedad civil de tal manera que “en caso que las hermanas Serrano Cruz se encontraran con vida y contactaran dicha página, tanto ellas como cualquier persona que poseyeran datos sobre dichas hermanas, puedan ubicar a los familiares, a las instituciones estatales o no estatales pertinentes, o remitir información sobre Ernestina y Erlinda y su paradero⁷⁰”.

c) Designación de un día nacional dedicado a los desaparecidos durante el conflicto armado interno y otras medidas de desagravio.

Junto a la publicación de la sentencia en el Diario Oficial del Estado y celebración de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y de desagravio de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y sus familiares, en muy parecidos términos a lo ya establecido en el caso Molina Theissen⁷¹, la Corte considerará igualmente el deber del Estado de designar un día dedicado a los niños y niñas que, por diversos motivos, desaparecieron durante el conflicto armado interno, con el propósito

⁶⁹ *Idem*, párr. 181.

⁷⁰ *Serrano Cruz*, *ob cit*, párr. 189- 190.

⁷¹ Como se señalará aquí también el Estado “debe disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de las personas debidas en el acto y además deberá difundir dicho acto a través de los medios de comunicación, incluyendo internet. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia”, *Idem*, párr. 194 y 195.

de concienciar a la sociedad sobre la necesidad de que todos los salvadoreños trabajen juntos para encontrar las mejores soluciones que los conduzcan a la verdad sobre el paradero de los menores⁷².

Y así por acuerdo de la Asamblea Legislativa del Salvador de 5 de enero de 2007 sería finalmente designado el pasado 29 de marzo de 2007 como primer "Día Dedicado a las Niñas y los Niños Desaparecidos a Consecuencia del Conflicto Armado".

d) Asistencia médica y psicológica a los familiares.

La Corte estimará igualmente preciso la activación de medidas específicas y adicionales tendentes a reducir los padecimientos de los familiares de las desaparecidas:

Con el fin de contribuir a la reparación de los daños físicos y psicológicos, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, incluyendo los medicamentos que éstos requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada uno de ellos después de una evaluación individual⁷³.

Y, en un nuevo reconocimiento del valor de la participación de las organizaciones ciudadanas, puntualizará inmediatamente a continuación:

La Corte estima conveniente que se brinde participación en dicha evaluación y en la implementación de dichos tratamientos a una institución no gubernamental especializada, como por ejemplo la Asociación Pro-Búsqueda. Asimismo, en caso de que Erlinda y Ernestina sean encontradas con vida, el Estado también deberá brindarles los referidos tratamientos médicos y psicológicos⁷⁴.

Tratamientos que habrán de ser individuales, familiares y colectivos⁷⁵.

La corte establecerá finalmente los respectivos plazos para la actuación de unas y otras medidas positivas del Estado conforme lo establecido en la sentencia⁷⁶.

⁷² *Idem*, párr. 196.

⁷³ *Serrano Cruz, ob cit*, párr. 198.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Idem*, párr. 199.

⁷⁶ El Salvador deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial, el reintegro de costas y gastos y adoptar la medida de reparación referida a la realización de un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y de desagravio a las víctimas y sus familiares, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la misma. El Estado deberá adoptar las medidas de reparación relativas al funcionamiento de una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado y participación de la sociedad civil, la creación de una página web de búsqueda, la publicidad de la sentencia, la designación de un día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno, y correspondientes a brindar tratamiento médico y psicológico a los familiares de Ernestina y Erlinda, dentro del plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la misma. El Salvador deberá cumplir con la obligación de investigar los hechos denunciados, e identificar y sancionar a los responsables y adoptar la medida de reparación relacionada con la creación de un sistema de información genética, dentro de un plazo razonable. *Serrano Cruz, ob cit*, párr, 208.

Conclusiones.

Impulsada por la conmovedora determinación de los familiares de no renunciar a sus seres queridos desaparecidos, apoyada en organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nos es posible reconocer toda una dinámica de reforzamiento recíproco, una relación de vasos comunicantes, entre la acción de las familias, los sucesivos avances practicados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la progresiva plasmación normativa en textos internacionales de distinto rango y ámbito geográfico, desde la Declaración de 1992 a la recientísima Convención de diciembre de 2006, pasando por los igualmente recientes *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* o el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*.

Una pionera evolución en materia de deberes de diligencia, abordada en el presente comentario jurisprudencial a cuatro actos en cuanto al sucesivo “anudado” de tales resultados – Velásquez Rodríguez contra Honduras, Bámaca Velásquez contra Guatemala, Molina Theissen contra Guatemala y Serrano Cruz contra el Salvador como hemos visto – y cuyas consecuencias para el caso español y los incontables defensores de la Segunda República masivamente sometidos a la práctica de la desaparición forzada y ejecución extrajudicial⁷⁷, resultan evidentes por sí mismas.

Y ello a pesar de los apreciables esfuerzos, por primera vez desplegados con una tal intensidad, por las autoridades españolas en los últimos tres años que, como tales, merecen ser reconocidos en su justo mérito, si bien – ello debe ser también inmediatamente apuntado – ni una sola de las medidas contempladas por el órgano internacional de tutela de los derechos humanos como expresión de la *diligencia debida* del Estado ha resultado, en realidad, plenamente asumida, como han criticado con especial dureza, entre otras, organizaciones de la solvencia de Amnistía Internacional⁷⁸; todo esto, en definitiva, en unos términos que nos resultan inquietantemente evocadores del posicionamiento – también de carácter limitado y predominantemente simbólico – de Guatemala ante la Corte Interamericana.

En dicho contexto, pues, y junto a la previsible apertura de distintas causas por parte de familiares y allegados de los desaparecidos a lo que todo ello se presta, reclamando la satisfacción de las cuantiosas indemnizaciones económicas y todas las restantes previsiones internacionales de reparación y desagravio aquí analizadas – por alguna razón más allá de nuestra comprensión jurídica, todavía hoy discrecionalmente

⁷⁷ En un incierto contexto de impactantes cifras, la condena del Consejo de Europa llegará a hablar de hasta 190.000 ejecutados o fallecidos en prisión citando las propias cifras del régimen: “En 1944, un portavoz del ministerio de justicia franquista reconoció que más de 190.000 detenidos habían sido ejecutados o habían muerto en prisión. Las fosas comunes atestiguan de la manera más terrible los medios utilizados por Franco para imponer su poder”, *Condena de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, *ob cit.*, pto. 64.

⁷⁸ Véase en particular el tercero y más reciente de los estudios respecto la impunidad de los crímenes de la dictadura franquista, AMNISTÍA INTERNACIONAL (2006): *Víctimas de la Guerra Civil y del franquismo: No hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo*, <http://www.es.amnesty.org/paises/espana/pagina/victimas-de-la-guerra-civil-y-del-franquismo/>

“sustituidas” desde un completamente inexistente “principio de alternatividad reparatoria” ante el rotundo deber, por el contrario, de reparación de *todos* los daños, materiales e inmateriales⁷⁹ – sin duda la cuestión de las exhumaciones y digna sepultura de los restos mortales habrá de ocupar, como ninguna otra, el centro de atención, pues como deja de manifiesto el caso Bámaca, no sólo se tratará de localizar y hacer entrega por parte del Estado de los restos mortales a fin de que reciban sepultura según sus costumbres y creencias, sino de brindar, además, las condiciones necesarias para trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares y su debido homenaje⁸⁰, en lo que nos sitúa en la antesala de un propio Plan Nacional de Exhumaciones y complementaria Base Nacional de Datos Genéticos que permita la correcta identificación de los desaparecidos.

Todo ello bien como congruente expresión de una sincera asunción de responsabilidad conforme la condena formulada por las instituciones democráticas nacionales – y el activo y exigente papel desempeñado por España en la última década cuando se ha tratado de violaciones de los derechos humanos cometidas fuera de nuestras fronteras –, bien como resultado de una sustanciación judicial en sede europea, inicialmente poco alentadora, tanto a la vista de los altos estándares internacionales analizados, como del nuevo y reforzado marco convencional propiciado desde Naciones Unidas, así como de la difícilmente contestable ausencia de la diligencia debida ante estas víctimas mostrada por nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, del que cabe esperar, por el contrario, que cumpla con normalidad sus obligaciones internacionales y trate de garantizar los derechos humanos de todos los ciudadanos sin distinción alguna en razón de las propias convicciones personales, incluso *a pesar* de haber optado por comprometerse con la defensa de nuestra democracia constitucional amenazada.

⁷⁹ Nos remitimos aquí nuevamente a la Resolución 56/83 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos señalará, art. 31: “El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”. Todo esta materia será además ampliamente desarrollada en su conjunto por los igualmente referidos *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*, con independencia “de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado”, *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*, *ob cit*, pto. 9.

⁸⁰ *Molina Theissen*, *ob cit*, párr. 85; mientras la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, se señalará igualmente en su pto. 11: Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

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.
(mangel.rodriguez@uclm.es)
Instituto de Derecho penal Europeo e Internacional.
Universidad de Castilla-La Mancha.

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. 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”. 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) Vulneración 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. 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. 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. 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.

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

* Texto íntegro del artículo del mismo título publicado en la Revista *Jueces para la Democracia*, n. 63, de noviembre de 2008, págs. 68-85. 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”.

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 1992³, 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.

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” – artículo. 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

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”.

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, pág. 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 cuyos punto cuarto de su plan de actuación se abogarían por “4. Elaborar una ley de exhumaciones e identificación de víctimas que tenga en cuenta los tipos

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 miso 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 si 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 – propiamente consideradas *víctimas indirectas* ellos mismos del crimen de desaparición 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 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).

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 tornara 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.

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”.

Aún 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 ésta 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 –

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.

“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, ésta 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 al 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”.

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

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.

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)

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.

III. El auténtico problema de “memoria”: las autoridades democráticas española 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

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* en cuanto a la especial dimensión de todo ello en términos de “satisfacción” respecto: “c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad”; 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: GARCIA DELGADO, J.L. (Ed) *El primer franquismo, España durante la Segunda Guerra Mundial*, pág. 193.

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 transfiera 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 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

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 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.

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.

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 previa, 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 events in question*”, Vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo 5 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*

Y si bien, en palabras del Alto Tribunal, qué forma de una tal investigación efectiva e independiente puede resultar apta a tales propósitos *pueda variar en diferentes circunstancias*²⁴, en todo caso será igualmente puntualizado como *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 el 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

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.

abstención, 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 circunstancias*²⁸.

b) *a la identificación y castigo de sus responsables. Ello no es una obligación de resultado sino de actividad*²⁹.

c) *las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para el aseguramiento de las evidencias relativas al incidente, incluidas, iter 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 estándar*³⁰.

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 ilegales*³¹.

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 intereses*³².

²⁷ Como sera señalado en *Tanış 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 Tanış and Ebubekir Deniz”, *Tanış 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 safeguards her legitimate

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 al 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*

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*³³ 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;

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*

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.

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 un 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 *sujeción especial* como *Celikbilek contra Turquía de 31 de mayo de 2005*, o *Süheyla Aydin contra Turquía de 24 May 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

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.

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 Mayo de 2005*; véase igualmente *Süheyla Aydin contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de agosto de 2005, dónde 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.

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 sujeción especial – hasta dar idéntico tratamiento jurisprudencial a la más genérica situación 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 *Sirin Yilmaz 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.

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.

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 Sirin Yilmaz 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 Diyarbakir 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 Tanis 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-*

O en palabras de *Tanis 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 Tanış 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 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.

threatening measures in violation of the fundamental guarantees contained in Article 2”, *Tanis 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 Şırmak. (...) 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 and 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 estas 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 and Choban contra Bulgaria*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 febrero 2006, párr. 113;

⁴² *Tanis 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.

Tal y como nos mostrará el fallo *Bazorkina contra Rusia* – dónde 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.

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 déficits 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.

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 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 Septiembre 2005, así como el igualmente formulado en *Kıymir contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de Mayo de 2005, *Yasin Ateş contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 May 2005 y *Koku contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005.

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* – dónde 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, aún si no tiene porque determinar la obligación del Estado de penalizar determinadas conductas, lo que si determinará, en todo caso, será la garantía de un funcionamiento independiente y eficaz del sistema de justicia que permita indagar 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.

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.

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, dónde 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.

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 demandado*⁵⁰.

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.

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.

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.

⁵⁵ *Akhmadova y Sadulayeva* contra Rusia, Sentencia del de 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

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 desenfoco 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 problema esencial viene representado por el propio recurso a una tal impropia delegación de funciones estatales,

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 DONDE 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”, DONDE 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 legítimos – 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.

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 concreto grupo político, 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 *Convención internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* –⁶¹.

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;

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,

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 si misma expresiva de otras cuestiones de fondo –, para el conjunto de nuestras reestablecidas instituciones democráticas.

<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.*