



FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**LAS DESAPARICIONES FORZADAS EN EL
RÉGIMEN FRANQUISTA. UNA VISIÓN
CRÍTICA DE LA STS 101/2012.**

Presentado por Carlos Cambrón Murillo

4º curso de Grado en Derecho

Dirigido por la Dra. Sònia Güell Peris

Bellaterra, 12 de mayo de 2016

Resumen

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene el objeto de realizar un análisis a nivel de Derecho internacional de justicia transicional sobre las desapariciones forzadas cometidas durante la Guerra Civil y el franquismo. Consiste en hacer una investigación de los hechos ocurridos, tarea que le correspondería al Estado como obligación bajo el Derecho internacional.

Imprescindible tratar el concepto de crimen de lesa humanidad haciendo hincapié en las desapariciones forzadas, así como de los elementos que la constituyen que fueron recogiéndose en la normativa internacional.

Se tratará las cuestiones controvertidas que se han dado para no continuar con las investigaciones de estos crímenes calificados de lesa humanidad o de detención ilegal en el caso español.

Por último, se expondrá los mecanismos pre y post transicional que se han llevado a cabo, que son la Ley 46/1977 de Amnistía, la Ley 52/2007 de la Memoria Histórica y la Ley Catalana de Fosas 10/2009. Veremos, si tales mecanismos cumplen con lo establecido en las normas consuetudinarias y recomendaciones de los órganos internacionales con el consecuente resultado de que las víctimas puedan ampararse en el derecho a la verdad, a la justicia y a la indemnización.

Índice

Abreviaturas.....	4
Introducción.....	5
Primera parte: Desapariciones forzadas y derecho a la verdad	
1. Concepto y elementos definitorios de las desapariciones forzadas.....	8
2. Derecho a la verdad.....	11
2.1 Características.....	12
2.2 Titularidad.....	13
2.3 Contenido.....	15
Segunda parte: El caso español	
3. Contexto de la Guerra civil y Franquismo.....	18
4. Consideraciones iniciales a la hipótesis del caso español.....	19
5. Obstáculos legales en la STS 101/2012, de 27 de febrero.....	20
5.1 El principio de legalidad y el problema de la irretroactividad.....	22
5.2 Prescripción.....	28
5.3 Ley de Amnistía.....	31
6. Las obligaciones del Estado.....	35
6.1 El derecho a un recurso efectivo y la Resolución 60/147.....	36
6.2 Ley 52/2007, de la “Memoria Histórica”	38
6.3 Ley de Fosas 10/2009 de Catalunya.....	39
7. Conclusiones finales.....	40
8. Bibliografía.....	43
Anexo.....	46

Abreviaturas

AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AN	Audiencia Nacional
CDH	Comisión de Derechos Humanos
CAT	Convención contra la Tortura
CCPR	Comité de Derechos Humanos
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIPDF	Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas
CP	Código Penal
CV	Convenio de Viena 1969
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
OEA	Organización de Estados Americanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

Introducción

Sabemos, según fuentes legales, que las desapariciones forzadas se cometieron entre julio de 1936 y diciembre de 1951. De haberse evitado la entrada de un régimen dictatorial una vez finalizada la Guerra Civil, podría haberse llevado a cabo un juicio de Nüremberg más garantista en su proceso para enjuiciar tales crímenes contra la humanidad, cuya calificación ya existía desde la creación de las Naciones Unidas en 1945.

Por el contrario, pasamos un periodo de 40 años de dictadura sin poder investigar lo sucedido y obligar al Estado el cumplimiento de las obligaciones internacionales ante la vulneración de los Derechos Humanos de aquellos desaparecidos y de sus familiares. Con las primeras elecciones democráticas y el consenso político, se aceptó poner punto final a lo ocurrido resolviendo el conflicto con la Ley 46/1977.

Pero desde el año 2006, la cuestión de las desapariciones forzadas ha vuelto a ser un tema que para unos era una posibilidad de ver satisfechos sus derechos y, para otros, aferrarse a la ley interna y a la preservación del pacto de transición. El por entonces juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón, tomó la decisión de ser competente para iniciar una investigación sobre los crímenes llevados a cabo por el régimen franquista.

Desde ese momento, el procedimiento se inició con la redacción del Auto de 16 de octubre de 2008 escrito por el propio juez para iniciar diligencias en atención a las demandas de diversos colectivos. Procedimiento que se anuló con la famosa Sentencia del Tribunal Supremo nº101/2012 de absolución al juez por el delito de prevaricación y el punto final a la investigación de estos crímenes.

Actualmente sigue siendo tema de discusión jurídica donde la voz no sólo la tiene asociaciones o expertos juristas, sino también desde organismos internacionales como son la Comisión de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre

Desapariciones Forzadas e Involuntarias, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia y la reparación.

PRIMERA PARTE

**DESAPARICIONES FORZADAS Y DERECHO A
LA VERDAD**

1. Concepto y elementos definitorios de las desapariciones forzadas.

Para definir conceptualmente dicho crimen desde la perspectiva internacional, en el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (en adelante ECPI)¹, en su art. 7, contiene una lista de actos inhumanos considerados crímenes de lesa humanidad² de acuerdo a lo que dice el preámbulo del propio estatuto³. Entre esa lista de actos inhumanos, encontramos las desapariciones forzadas en el art. 7.2 i) como:

la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

En similar caso, se recoge su definición en el art. 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 (en adelante CIPDF)⁴ como crimen de lesa humanidad como parte de un ataque generalizado contra una población civil⁵. La *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*⁶ (en adelante DPDF), en su art. 1.1 y 2, recoge en su literal los derechos vulnerados e inherentes en relación a la detención ilegal o secuestro de personas, privación de libertad y destierro del amparo de la Ley. Constituye pues una violación

² La primera vez que se introdujo las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad, fue con el Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en su art.18. Véase http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf

³ “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”

⁴ Texto adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006 (A/RES/61/177). Se abrió firma el 6 de febrero de 2007 y entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

⁵ Art. 5 CIPDF

⁶ Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992. No tiene el carácter de Tratado, pero cuenta como órgano de supervisión.

acumulativa de Derechos Humanos⁷: a) el derecho a la vida; b) derecho a la seguridad y la dignidad de la persona; c) derecho a no sufrir detención arbitraria; d) derecho a no ser torturado; e) derecho a la personalidad jurídica; f) derecho a un juicio justo y; g) derecho a la vida familiar.

Para una aportación doctrinal, la autora CAPELLÀ I ROIG define la desaparición forzada como “*un ultraje a la dignidad humana que afecta los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; ultraje condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave y manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmados en otros instrumentos internacionales pertinentes*”⁸.

Dentro del sistema europeo de protección de los derechos humanos, no hay existencia de Tratado referido a las desapariciones forzadas. Pese a ello, hubo una evolución doctrinal por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en virtud de dos casos sucedidos en Turquía. Ambos casos se componen de dos etapas:

- 1) La STEDH Kurt contra Turquía, de 25 de mayo de 1998⁹ párrafs 128-129)¹⁰, considera en un principio que la desaparición forzada era una grave violación del derecho a la libertad personal.

⁷ Véase Resolución 828 (1984) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 26 de septiembre de 1984, párrafo 4 en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=16239&lang=en>

⁸ Capellà i Roig, *Las desapariciones forzadas en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo*, pp.4-5 del PDF en: <http://casogarzon.blogspot.com.es/p/analisis-juridicos.html>

⁹ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext": \["Kurt%20v%20Turkey"\], "documentcollectionid2": \["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\], "itemid": \["001-58198"\]}}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

¹⁰ 128. Having regard to these considerations, the Court concludes that the authorities have failed to offer any credible and substantiated explanation for the whereabouts and fate of the applicant's son after he was detained in the village and that no meaningful investigation was conducted into the applicant's insistence that he was in detention and that she was concerned for his life. They have failed to discharge their responsibility to account for him and it must be accepted that he has been held in unacknowledged detention in the complete absence of the safeguards contained in Article 5. 129. The Court, accordingly, like the Commission, finds that there has been a

- 2) La STEDH Timurtas contra Turquía, de 13 de junio de 2000¹¹ (párrafos 90-91)¹², modifica de forma parcial su posición, considerando la desaparición forzada como una violación del derecho a la libertad y de la vida.

Dichos derechos vulnerados¹³, se recogen en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), según ha abordado el TEDH respecto a las desapariciones forzadas.

Dentro del marco Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁴ en su art. 2 define las desapariciones como *la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*".

Este sistema fue el primero de los sistemas en pronunciarse¹⁵, con la primera sentencia dictada en 1988 (Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras)¹⁶. Las violaciones cometidas concuerdan con lo recogido en la normativa internacional y

particularly grave violation of the right to liberty and security of person guaranteed under Article 5 raising serious concerns about the welfare of Üzeyir Kurt.

¹¹

¹² 90. In the light of the foregoing, the Court finds that the investigation carried out into the disappearance of the applicant's son was inadequate and therefore in breach of the State's procedural obligations to protect the right to life. There has accordingly been a violation of Article 2 of the Convention on this account also. 91. The applicant complained that the disappearance of his son constituted inhuman and degrading treatment in violation of Article 3 of the Convention in relation to himself.

¹³ Arts 2, 3 y 5 CEDH sobre el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes y el derecho de toda persona a la libertad y la seguridad.

¹⁴ Adoptada el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 28 de marzo de 1996

¹⁵ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1974. Documento OEA/Ser.L/V/II.34, Doc.31, Rev.1, de 30 de diciembre de 1974.

¹⁶ Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C nº4, párrafos 155-157.

la jurisprudencia europea (privación arbitraria, el derecho a interponer recurso, libertad y seguridad personal).

Podemos concluir que la *Declaración sobre la protección de todas las personas contras las desapariciones forzadas* (1992), la CIPDF (2006) *Convención interamericana sobre desapariciones forzadas de personas* de la OEA (1994) y el art. 7 ECPI, configuran el marco legal de referencia, definiendo las desapariciones forzadas como privación de libertad de una persona, causada por agentes del estado, o grupos de personas que actúan con la autorización y el apoyo o la aquiescencia del estado todo seguido por una falta de información o de la negativa a reconocer esta privación de libertad, denegación de información u ocultismo de la suerte de la persona desaparecida.

2. Derecho a la verdad

El derecho que se intenta ejercer por parte de los familiares de aquellos que han sido sometidos a desapariciones forzadas, es el de la verdad. Un derecho que se puede considerar como una vía para reprimir la tortura psicológica de las familias¹⁷. Así pues, el Derecho a la verdad se puede ejercer por ejemplo mediante el derecho a un recurso efectivo, que se encuentra recogido en el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y art. 13 CEDH

Pero su consolidación tiene una particular relevancia por la Comisión de Derechos Humanos (en adelante, CDH), en el *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, redactado por el experto independiente Louis Joinet¹⁸, destacando el Principio 1.-

¹⁷ El Comité de Derechos Humanos se apoya en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para declarar que el derecho a la verdad intenta prevenir el malestar psicológico de las familias de las víctimas de las desapariciones forzadas.

¹⁸ E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

El inalienable derecho a la verdad¹⁹. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente Diane Orentlicher²⁰, que aporta una definición que extiende el significado del derecho a la verdad en el Principio 2²¹.

2.1 Características

Para un mayor conocimiento, nos interesa destacar las características que definen este derecho:

- 1) Es un derecho fundamental, inalienable e intangible: Por un lado, los informes sobre el derecho a la verdad del periodo 2006-2007 sitúan el derecho a la verdad como un “derecho fundamental para la dignidad inherente al ser humano cuyo disfrute pleno y efectivo debe ser garantizado por el Estado”²². El carácter inalienable lo encontramos en el *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* antes citado. Del mismo modo que el caso Velásquez contra Honduras, mencionado anteriormente, declaró el derecho a la verdad como derecho fundamental, fundamentándose en la dignidad de la persona²³.
- 2) Es un derecho imprescriptible: La versión actualizada de Orentlicher lo reconoce en el Principio 4²⁴ y lo matiza después en el Principio 23²⁵. Ello

¹⁹ “Every people has the inalienable right to know the truth about past events and about the circumstances and reasons which led, through the consistent pattern of gross violations of human rights, to the perpetration of aberrant crimes. Full and effective exercise of the right to the truth is essential to avoid any recurrence of such acts in the future”

²⁰ E/CN.4/2005/102/Add.1

²¹ “The inalienable right to the truth: Every people has the inalienable right to know the truth about past events concerning the perpetration of heinous crimes and about the circumstances and reasons that led, through massive or systematic violations, to the perpetration of those crimes. Full and effective exercise of the right to the truth provides a vital safeguard against the recurrence of violations”

²² E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, parágrafo 60, y A/HRC/5/7 , de 7 de junio de 2007, parágrafo 85

²³ Parágrafos 176-177.

²⁴ “Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”.

implica que el plazo de prescripción no puede correr mientras que la víctima no tenga posibilidad de ejercer el derecho al recurso. El art. 8 CIPPDF exige pues, una aplicación de régimen de prescripción a la desaparición forzada, tomando las medidas convenientes para un plazo prolongado y proporcionado a la gravedad del delito; que se cuente dicha prescripción cuando cese la desaparición forzada y; que el Estado parte, como garantía, otorgará a las víctimas el derecho a un recurso. Mayor es la garantía del art. 24.6 CIPDF que establece la obligación de continuar la investigación “*hasta establecer la suerte de la persona desaparecida*”²⁶. En la misma línea coincide la Resolución 1463 (2005) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 3 de octubre²⁷.

- 3) Es un derecho autónomo: Derecho, que aparece como consolidado, en relación a las violaciones de derechos humanos y que está reconocido en por la jurisprudencia de diversos órganos intergubernamentales y tribunales internacionales²⁸ y el derecho internacional²⁹. La autonomía de este derecho fue reconocida por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias³⁰

2.2 Titularidad

La titularidad del derecho a la verdad parte del concepto de víctima. El referente normativo mencionado anteriormente es la CIPDF, que en su art. 24.1, se entenderá por víctima “*la persona desaparecida y toda persona física que haya*

²⁵ “*La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción*”.

²⁶ Art. 17.1 Declaración DF 1992: “*Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida mientras no se hayan esclarecido los hechos*”

²⁷ 10.3.3 *Recognition of enforced disappearance as a continuing crime, as long as the perpetrators continue to conceal the fate of the disappeared person and the facts remain unclarified; consequently, non-application of statutory limitation periods to enforced disappearances.*

²⁸ Ulla López, J.M, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*. Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p.63

²⁹ Doc. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, párrafos 41 y 60

³⁰ Doc. E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981, párrafo 187.

sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada”. El apartado segundo, garantiza el derecho a la verdad. Entre las personas perjudicadas, se encuentran los familiares, como bien se ha ido citando. Por tanto, existe una titularidad individual y colectiva resultante de la acción criminal que recae sobre ellos.

El concepto de víctima, tanto para los desaparecidos, como para los familiares, la podemos encontrar en el apartado V en los artículos 8 y 9, relativos a 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”³¹, como también de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas³².

De este modo, uno de los principios fundamentales en la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, AGNU) 60/147 es que las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos³³, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. Y cabe recordar, que el acceso a la justicia (en el principio 12) se de emplear de tal manera que:

³¹ AGNU 60/147: Art. 8: “Se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales (...) el término “victima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”

Art. 9: “Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

³² El art. 24 incluye el concepto de la “persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada”

³³ Art. 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP): “Toda persona privada de libertad ha de ser tratada humanamente y con respeto a la dignidad inherente a la persona humana”.

La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo³⁴, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno.

Para más adelante, se hablará de las posibles soluciones en cuanto a responsabilidades de los Estados Parte para corregir estos delitos.

2.3 Contenido

El derecho a la verdad, en cuanto a contenido, corresponde a que el Estado debe esclarecer los hechos, mediante investigaciones de las violaciones de derechos humanos, de acuerdo a lo que establece el principio 5 del Conjunto de Principios de 2005:

Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial. Las sociedades que han experimentado crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática pueden beneficiarse en particular con la creación de una comisión de la verdad u otra comisión de investigación con objeto de establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas. Sea que

³⁴ Art. 8 DUDH: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley; art. 13 CEDH: Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente convenio hayan sido violados, tienen el 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

un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos.

El deber de investigar por parte del Estado, ha de extenderse a: las causas que dan lugar a la violación concreta de los derechos humanos de las víctimas; a la violación de las normas internacionales de derechos humanos y las infracciones consideradas graves del Derecho internacional humanitario; la evolución de la investigación en cuanto a progreso y resultado; las circunstancias y motivos para llevar a cabo los crímenes; en caso de desaparición forzada, tratar de averiguar la suerte y el paradero de las víctimas; y la identidad de los autores³⁵.

³⁵ Véase apartado 38 del “Estudio sobre el Derecho a la verdad”, p.27

SEGUNDA PARTE

EL CASO ESPAÑOL

3. Contexto de la Guerra Civil y Franquismo

Ante la victoria electoral del Frente Popular el 16 de febrero de 1936³⁶ con la presidencia de Manuel Azaña, los generales Sanjurjo, Mola, Franco y Queipo de Llano, concretaron el Alzamiento Nacional en Marruecos, que derivó en la Guerra Civil³⁷ el 17 de julio del mismo año, hasta el 1 de abril de 1939. Tras ese golpe, se originaron dos bloques en España, tal como describe ACEVEDO LÓPEZ, “*los territorios donde triunfó la sublevación y los territorios donde fracasó*”³⁸

Dentro de ese periodo de conflicto y de inicio del régimen por la sublevación militar, se incumplió la legalidad republicana, como el incumplimiento sistemático de normas internacionales, y se introdujeron los Bandos de guerra³⁹. Durante los cuarenta años de dictadura franquista, podemos deducir, que no hubo modo alguno de investigar lo ocurrido con las víctimas que fueron apartadas de sus familias. Bien lo sintetiza ESCUDERO ALDAY al decir que “*durante el tiempo que Franco estuvo en el poder, investigar y denunciar violaciones de derechos humanos era imposible*”⁴⁰.

Dicho argumento del autor se sostiene con la Resolución de la Asamblea General 32 (I) sobre la cuestión española⁴¹ y la Resolución 39 (I) de la Asamblea General de la ONU sobre la cuestión española⁴², ya que ambas establecen que el Gobierno español se creó a través de las Potencias del Eje, y en consecuencia de ésta, la naturaleza fascista del país en concordancia con la Alemania nazi de Hitler y la Italia fascista de Mussolini. Otro argumento, no por ello menos importante, y que es consecuencia de la condena de la Organización de las Naciones Unidas (en

³⁶ Terrero, J; Reglá, J, *Historia de España. De la prehistoria a la actualidad*, Ed. Optima, Barcelona, 2002, p.376.

³⁷ Ibídem, p.375

³⁸ Acevedo López, G, *La España olvidada: el caso de las víctimas del franquismo*, en “*Revista de derechos humanos-dfensor*”, p.62

³⁹ Martín Pallín, J.A, “*La ley que rompió el silencio*” en “*Derecho y memoria histórica*” Ed. Trotta, Madrid, 2008, p.21

⁴⁰ Ibídem, p.126

⁴¹ [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/32\(I\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/32(I))

⁴² <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/esp12dic46.html>

adelante ONU) a España, es que las autoridades militares prolongaron el estado de guerra hasta el 5 de marzo de 1948⁴³. Cuatro años después, España reconoce los Principios de Nüremberg⁴⁴ al ratificar el Convenio de Ginebra de 1952 y en 1955, entra como Estado Miembro de la ONU.

4. Consideraciones iniciales a la hipótesis del caso español

La ausencia de investigación de las desapariciones forzadas y la consideración de estos crímenes como “delitos políticos” por parte del Gobierno, ha permitido extender la idea de no perseguir estos crímenes por considerarlos prescritos y reabrir heridas pasadas que dañan el consenso político acordado hace casi cuarenta años, con el Pacto del Silencio para dejar paso a la Transición y olvidar crímenes sin reparar.

La Resolución 1736 de 17 de marzo de 2006 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁴⁵, en los sub-apartados del punto 8.2 de la Declaración de condena, donde, como consecuencia de condenar las múltiples y graves violaciones de derechos humanos cometidos por España durante la etapa de 1939-1975 recomendó a España la investigación de las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura franquista.

En las Observaciones Generales de enero de 2009⁴⁶, el Comité de Derechos Humanos (en adelante, CCPR) recomendaba que se debía establecer una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las

⁴³ Amnistía Internacional, *España: poner fin al silencio y la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*, Sección española de Amnistía Internacional, 2005, p.10

⁴⁴ Corresponde a los *Principios de Derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, adoptado por la Conferencia internacional de las Naciones Unidas de 1950*. Al prolongarse el estado de guerra hasta 1948, resultan aplicables las leyes y usos de la guerra, tal como interpretó el Tribunal Militar de Nüremberg, confirmados como crímenes de lesa humanidad.

⁴⁵ <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=17417&Language=EN>

⁴⁶ CCPR/C/ESP/CO/5 en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs94.htm>.

violaciones de los derechos humanos. En el comentario a las Observaciones⁴⁷, el Gobierno no se pronuncia sobre la cuestión y señala que el CCPR no explica qué disposiciones de la PIDCP realiza sus recomendaciones, en relación a los derechos de las víctimas de la guerra civil y la dictadura franquista.

5. Obstáculos legales en la STS 101/2012, de 27 de febrero.

El objeto a tratar deviene de las víctimas de un ataque masivo contra la población (característica crucial para calificar los actos de crímenes de lesa humanidad) violentando los derechos humanos. La represión franquista después eliminó todo intento de exigir justicia, mediante ejecuciones extrajudiciales, torturas y persecuciones.

El proceso de investigación se inició con las diligencias el auto de 16 de octubre de 2008 (Diligencias previas nº399/2006), pasando por el auto de rechazo de 23 de octubre de 2008 y de inhibición de 18 de noviembre de 2008, que finalizó con la Sentencia del Tribunal Supremo nº101/2012 de 27 de febrero, que por un lado, absuelve al ex – juez Baltasar Garzón del delito de prevaricación, y por otro lado, cierra las puertas a investigar los crímenes cometidos por el régimen.

Según Amnistía Internacional, considera la sentencia del Supremo, de “*peligroso precedente para todos los casos de graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo*”⁴⁸. Esto es, por los argumentos utilizados para determinar el archivo del caso o desestimación de las denuncias con las que se iniciaron las diligencias para investigar los crímenes del franquismo, en especial, las desapariciones forzadas.

⁴⁷ CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrccs94.htm>.

⁴⁸ Amnistía Internacional, *Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Madrid, 2012 p.17

Para empezar a cuestionar los argumentos que jueces del TS fundamentaron en la famosa sentencia, es necesario antes explicar la calificación de las desapariciones forzadas dentro de la normativa española vigente a los hechos.

Sobre las desapariciones forzadas, el propio juez Baltasar Garzón aplicó en su auto de 16 de octubre de 2008, el tipo de detención ilegal⁴⁹ agravado por no dar suerte o paradero del detenido. Argumento no compartido por GIL GIL al considerar “que es un tipo penal que no existía en el Cp de 1932 y que fue introducido en el de 1944 solo para sujetos activos particulares”⁵⁰. La misma no contemplaba el agravante de “no dar razón del paradero de la persona detenida” (actual art. 166 CP), ni tampoco la cualidad de autoridad o funcionario público (art. 167 CP). Significa, que durante ese periodo no se llegó a construir una doctrina sobre los delitos permanentes, que son aquellos que se consuman en el momento que se cometen, pero que permanecen suspendidos en el tiempo, hasta que cesa la privación de libertad.

Dichas detenciones, como considera CAPELLÀ I ROIG, se cometieron entre 1936 y 1950⁵¹. Sin embargo, también se considera que se pudo prorrogar hasta 1951⁵² o incluso hasta 1952⁵³. Sin embargo, estas detenciones difícilmente pueden ser considerados permanentes ni imprescriptibles⁵⁴, en atención al Derecho español de la época. Según se recoge en el Auto del ex – juez Garzón, el número de desaparecidos rondaría por los 114.266⁵⁵.

⁴⁹ Arts. 474-476 del Código Penal de 1932

⁵⁰ Gil Gil, A, *Justicia transicional en España* en Tamarit Sumalla, J (coord.): *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, ed. Atelier, Barcelona, 2010, p.158

⁵¹ Capellà i Roig, *Las desapariciones forzadas en España durante la guerra civil y el franquismo*, p.16 del PDF

⁵² FJ 6º Auto de 16 de octubre de 2008, del JCI nº5 de la AN (diligencias previas procedimiento abreviado 399/2006 V).

⁵³ Escudero, R, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain* en “Human Rights Quarterly 36 (2014) by The Johns Hopkins University Press, p.124

⁵⁴ Párrafo tercero de los hechos probados de la STS 101/2012 de 27 de febrero de 2012

⁵⁵ FJ 6º Auto de 16 de octubre de 2008 y Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o involuntarias en:

<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>

Los argumentos del TS que denegaron la posibilidad de investigar los crímenes franquistas, son los siguientes:

5.1 El principio de legalidad y el problema de la irretroactividad

Según el fundamento tercero de la sentencia, “*se reitera la vigencia, como no podía ser de otra manera, del principio de legalidad y sus exigencias lex previa, lex scripta y se afirma categóricamente, que no es de aplicación el art. 607 bis del Código penal (...) que la vigencia en nuestro ordenamiento interno del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución (...) el cuerpo normativo que conformaba la legalidad penal internacional no estaba vigente al tiempo de la comisión de los hechos*”.

Por las desapariciones forzadas, las disposiciones en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, son de aplicación directa en España, ya que forman parte del derecho interno, en virtud de los arts. 10.2 y 96 de la Constitución española (en adelante, CE), partiendo del PIDCP, y otros convenios internacionales que recogen sustantivamente contenidos de la DUDH.

La interpretación del principio de legalidad que realiza el TS es restrictiva (desarrollando los arts. 25.1 y 9.3 CE) especialmente para la costumbre internacional en su papel con el Derecho penal interno, ya que el propio TS no contempla la vinculación de España con la costumbre internacional⁵⁶. Sin embargo, GARCÉS, se acoge a la jurisprudencia del TC para justificar que la doctrina del TEDH debe ser aplicada por los tribunales españoles, de acuerdo con

⁵⁶ Véase Amnistía Internacional “*El tiempo pasa, la impunidad permanece. La jurisdicción universal, una herramienta contra la impunidad de la Guerra Civil y el franquismo en España*”, Madrid, 2013, p.5 y; art. 38.1 b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “*La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*”.

el art. 10.2 CE, para considerar el PIDCP de obligado cumplimiento⁵⁷. Ello, va acorde con su interpretación del principio de legalidad en aplicación de los arts. 7.2 CEDH y 15.2 PIDCP como cláusulas de excepcionalidad a la rígida interpretación del principio, que, en palabras de FERNÁNDEZ LIESA, “se ha anclado en presupuestos en exceso nacionalistas, nada abiertos a una evolución del derecho interno español de acuerdo con la evolución del Derecho internacional”⁵⁸.

Pues el propio TS consideró de inaplicación directa el Derecho internacional penal consuetudinario, y ello es evidente en el caso Scilingo⁵⁹, cuya base de aplicación fue el art. 607 bis CP (que se introdujo por la LO 15/2003) en que la Audiencia Nacional condenó a Adolfo Scilingo por crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina a partir del año 1976, con anterioridad a que el tipo penal se introdujera al CP. Esto es, aplicando la ley de forma retroactiva. Ello comprendió una cuestión de determinación de la ley penal aplicable al tiempo de la comisión de los tipos, por la prohibición del art. 9 CE y el art. 1 CP, para respetarse el principio de legalidad sobre seguridad jurídica.

El TS consideró indebida la aplicación de la sanción del art. 607 bis CP, por parte del recurrente, por su aplicación retroactiva y falló aplicando los tipos comunes del art. 163-168 CP⁶⁰, que no los tipificados en el Derecho internacional

⁵⁷ Garcés, J; “Los crímenes de lesa humanidad en España, ante el Tribunal Supremo” en “Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal”. Ed. Atelier, Barcelona, 2010, p.176

⁵⁸ Fernández Liesa, C; “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español” en “Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal”. Ed. Atelier, Barcelona, 2010, p.83

⁵⁹ SAN de 19 de abril de 2005, recurrido por Scilingo mediante recurso de casación estimado parcialmente en la STS nº798/2007.

⁶⁰ El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU, en sus Observaciones preliminares de 30 de septiembre de 2013, indica, respecto a dichos artículos, que el CP no contiene un delito autónomo de desaparición forzada, ya que carecen de todos los elementos constitutivos de una desaparición forzada. Lo que contraviene el art. 4 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que dice que “Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal”.

consuetudinario⁶¹. Aunque, en mi opinión, a pesar de ser la ley posterior a los hechos, establecía una pena más beneficiosa para el reo.

Ello demuestra que se llegó a investigar y enjuiciar unos hechos en aplicación de una normativa inexistente a los hechos, pero que dicha norma tenía elementos de Derecho internacional preexistente. Lo que confirma el contenido del art. 7.2 CEDH, en la cual, *no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía un delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*⁶² y el 15.2 PIDCP, en la que “*nada se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”. Quedó reflejado la conducta de la Audiencia Nacional, que actuó como un tribunal internacional en aplicar un principio de legalidad relajado que es regido por el derecho penal internacional⁶³.

De nuevo, LIESA insiste que la interpretación al principio de legalidad no es acorde con la evolución del Derecho internacional, porque se ha reconocido en un sentido más amplio en el ámbito internacional, que en el Derecho interno⁶⁴. Por ello, expone dos motivos que dan lugar a la flexibilidad interpretativa de los arts. 11.2 DUDH, 15.2 PIDCP, 22 ECPI, 7.2 CEDH y 47 de la Carta de Derechos

⁶¹ Véase Ambos, K, “*Impunidad y Derecho penal internacional*” Ed. AD-HOC S.R.L, Buenos Aires-Argentina, 1999, p.80. Ambos, partiendo de la definición de costumbre internacional del art. 38 del Estatuto de la CIJ, como una práctica generalizada aceptada como ley, considera “que el derecho internacional consuetudinario, de acuerdo con la opinión tradicional, es la consecuencia de una práctica estatal general vinculada con la conocida “opinio iuris vel necessitatis”, esto es, que de esa práctica se deriva un convencimiento de estar vinculado legalmente”. El autor acuerda con el consenso en el ámbito de los derechos humanos que “las desapariciones forzadas se encuentran prohibidas por el derecho internacional consuetudinario”.

⁶² Kai Ambos en “*Impunidad*”, op.cit p.85, sostiene que el concepto de principios generales del Derecho “genera problemas si su fundamento es el concepto tradicional de derecho internacional, de acuerdo con el cual, se entiende por principios generales del derecho, aquellos principios reconocidos en el derecho interno de las naciones “civilizadas”, o sea que aquellas que tienen un sistema legal con cierto grado de desarrollo”.

⁶³ Martínez Alcañiz, A; “*El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*” Colección Investigación IUGM, 2015, p.455

⁶⁴ Liesa op.cit, p.85.

Fundamentales⁶⁵. Y por último, entiende que el TS se aferra a que el principio de legalidad se formule como un principio más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales españoles⁶⁶⁶⁷, y a la vez, se aleje de los fundamentos que el TEDH sostiene al respecto⁶⁸.

Otro autor, como SÁEZ, considera convalidado con el Convenio Europeo de 1950, la aplicación de los antecedentes de Nüremberg y la condena por tribunales nacionales de crímenes contra la humanidad por hechos análogos a los de la represión franquista, aunque el tipo penal no estuviera recogido en la legislación interna, de acuerdo con la interpretación del TEDH, en la cual, no se vulneraba el principio de legalidad penal⁶⁹.

Por tanto, el TS arguye que el principio de legalidad implica que las obligaciones asumidas por España, de acuerdo con los tratados, comienzan desde el momento en que éstos entran en vigor para el Estado español. Sin embargo, con las

⁶⁵ “De un lado, porque al asumir el principio de legalidad no sólo hacen referencia al Derecho nacional sino también al Derecho internacional. Así la DUDH o el PIDCP de 1966 se refieren a que nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Además, el art. 15.2 PIDCP indica que nada de lo dispuesto se opone al juicio y condena por actos u omisiones que, en el momento de cometerse sean delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la Comunidad internacional, de modo similar a lo que establece el art. 7 CEDH, de 4 de noviembre de 1950, o el art. 47 de la Carta de derechos fundamentales”.

⁶⁶ De acuerdo con lo que dice Fernández Liesa, en mi opinión, como hipótesis, podría haber una confrontación respecto a las doctrinas monistas y dualistas respecto el derecho internacional y el derecho interno. Para la doctrina monista, ambos derechos forman parte de un mismo sistema y debe haber una prelación o norma de rango superior para asegurar una coherencia en el ordenamiento. En el caso de la doctrina dualista, el derecho internacional y el interno, son dos sistemas jurídicos distintos y autónomos. Por lo que las normas internacionales, a pesar de su rango, serían irrelevantes en el derecho interno. Entendiendo esto, la cuestión es compleja, pues en nuestro ordenamiento, tenemos vías de recepción del derecho internacional al derecho interno y que nuestros derechos, se interpretan a la luz de los Tratados internacionales. El problema que aparta esto de la práctica es, como anteriormente decía Fernández Liesa, el hecho de que se apliquen presupuestos internos excesivamente nacionalistas, cerrándose a no evolucionar, como si lo está haciendo el derecho internacional. Como en este caso, su flexibilidad en aplicar el principio de legalidad, la cual, tendría que tener la bienvenida en el derecho interno por ser el derecho de rango superior.

⁶⁷ Sáez, R, “Crímenes de la dictadura y negación de acceso a la jurisdicción” en “Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo”. Ed. Trotta, Madrid, 2013, p.94. Sáez explica que los Estados Parte se resisten a aceptar la legalidad internacional, que se ha construido y desarrollado para mantener una posición de rango superior al Derecho interno. Posición que según él, se ha olvidado y ha condicionado el punto de vista de la jurisdicción española.

⁶⁸ Fernández Liesa *op.cit*, p.87

⁶⁹ Sáez, R; “Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo” en “Mientras tanto, nº114. p.50

disposiciones legales de los arts. 15.2 PIDCP, como del 7.2 CEDH, sería viable la condena por estos crímenes, aunque no estuvieran codificados por la legislación interna en el momento de los hechos y no se vulnerara el principio de legalidad si los crímenes se regularan por el derecho internacional⁷⁰. Estas disposiciones, tendrían la finalidad de evitar que un Estado pueda configurar sus propias normas, de tal forma que los responsables se vean beneficiados (Para ello, el caso de la “Ley de Amnistía”).

El TS olvida que la Convención contra la Tortura⁷¹ nos dice, que los enjuiciamientos no deben limitarse al principio de legalidad⁷². Significa, que aunque el convenio sea posterior a los hechos, no tendría que haber obstáculo alguno para investigar aquellos crímenes prohibidos por el *ius cogens*⁷³⁷⁴.

A la problemática de la irretroactividad, TAMARIT incluye tres vías para evitar la prohibición de aplicación retroactiva. La primera vía, de origen alemán e inspirada en el Derecho natural, es la invocación de la “cláusula Radbruch”⁷⁵, que

⁷⁰ Véase la SSTEDH Caso C.R. v The United Kingdom, nº20190/92, de 22 de noviembre de 2005; Caso S.W. v The United Kingdom, nº20166/92, de 22 de noviembre de 1995 y; Caso Streletz, Kessler and Krenz v Germany, de 22 de marzo de 2001

⁷¹ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>. La misma firmada y ratificada por España, con entrada en vigor el 26 de junio de 1987

⁷² Observaciones finales, de 9 de diciembre de 2009 (CAT/C/ESP/CO/5), párr.8.21

⁷³ Ambos, *op.cit.* p.80. El autor, como antes se ha mencionado, no solamente considera que las desapariciones forzadas estén prohibidas por el derecho internacional consuetudinario, sino también por *ius cogens*.

⁷⁴ Por *ius cogens* se entiende, de acuerdo con el art. 53 del Convenio de Viena, como una norma imperativa del derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados, que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general con el mismo carácter.

⁷⁵ El ideólogo de esta cláusula fue del socialdemócrata alemán Gustav Radbruch. Esta doctrina se invocó por el Tribunal Supremo Federal para el caso del tiroteo de los centinelas del muro de Berlín de la República Democrática Alemana (RDA), inducidos al asesinato, en cumplimiento de la orden dada con fundamento del Reglamento del Ministerio de Defensa Nacional de 1967 hacia aquellos que pretendían saltar el muro que separaba Berlín Oriental, del Berlín Occidental. Por ello, se les condecoró al mérito. Pero volviendo a la actuación del Tribunal Supremo, habiéndose aplicado los tribunales de la República Federal Alemana (RFA) el derecho penal de la RDA, por violar los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la RDA, se acude a la interpretación del derecho supra-positivo recurriendo a la doctrina Radbruch, como concepto no positivista del derecho, conectando derecho y moral (dos elementos que Kelsen objetó en su obra “*La teoría pura del Derecho* de 1934 por considerarlas autónomas). De esa manera, el resultado fue un derecho positivo formalmente válido perdiendo su validez. La BGH 5StR 111/94 de 20 de marzo de 1995 (LG Berlín) en relación con la BGHSt 41, 101 resume inicialmente el caso por “Homicidio por guardias fronterizas de la RDA (aplicación de principios de la fórmula Radbruch);

consiste en aceptar la existencia de una excepción a la prohibición de retroactividad respecto a hechos de los que sería indudable de su carácter injusto.

La segunda vía es la aplicación del Derecho internacional, cuya figura penal en la que nos centramos existía en el Derecho internacional consuetudinario antes de su recepción y tipificación en el Derecho interno⁷⁶. Sin embargo, GIL GIL, afirma que los crímenes cometidos durante la guerra civil y los años del franquismo, en ningún caso, podrían ser considerados como crímenes internacionales dado que su definición es posterior. Por tanto, no habría ninguna norma en la que apoyarse hasta 1950, en relación con los principios de Nüremberg⁷⁷. Esta posición es cuestionada por GARCIA SÁEZ, ya que él contempla que “*las acciones de los nazis enjuiciados en Nüremberg, como las de los franquistas denunciados ante la justicia española, ya eran ilegales en el momento en que fueron realizadas, porque se encontraban prohibidas por las normas del Derecho internacional consuetudinario*”,⁷⁸.

También LÓPEZ LÓPEZ plantea esa posibilidad citando el Estatuto de Londres de 1945, que define por primera vez los crímenes contra la humanidad, cometidos desde 1933⁸⁰. O como señala GARCÉS, al menos desde el 23 de marzo de 1933, de acuerdo con la invocación de los crímenes contra la humanidad ante los Tribunales de Justicia⁸¹. Esto afirmaría lo que viene diciendo de nuevo LÓPEZ LÓPEZ, cuando dice que “*la Corte Penal InternacionaL y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sostenido que un Estado no contraviene el principio de retroactividad penal por perseguir, investigar, procesar y condenar por actos u*

retroactividad (Tötungshandlungen von Grensoldaten der DDR (Anwendung der Grundsätze der ‘Radbruch’schen Formel); Rückwirkungsverbot).

⁷⁶ Tamarit, *op.cit*, p. 82

⁷⁷ Gil, Gil, A; “*La justicia de transición*” Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp.114-115

⁷⁸ García Sáez, J.A., *Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen*” en Eunomía, revista en cultura de la legalidad nº4, marzo – agosto 2013- p.149

⁷⁹ Para más discusión sobre la relación de los juicios de Nüremberg, con los crímenes franquistas, véase Espinosa Maestre, F, “*Crímenes que no prescriben. España, 1936-1939*”, en “*Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*” Ed. Trotta, Madrid, 2013, p.32

⁸⁰ López López, P, *Crímenes del franquismo, derecho y justicia transicional*, p.6

⁸¹ Garcés, J; “*La ley española 46/1977, de amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad*”, p.4

omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”⁸²

Y la tercera vía, es aplicar los tipos delictivos de asesinato de asesinato y detención ilegal del CP de 1932, a la vigencia del momento de los hechos. Sin embargo, TAMARIT no la incluye como la mejor de las vías⁸³.

En conclusión, el principio de legalidad del Derecho internacional ha mostrado flexibilidad para investigar o juzgar crímenes de lesa humanidad, aunque en el caso español, haya connotaciones de rigidez para mantener la seguridad jurídica. Pero dicha seguridad puede no encontrarse afectada, al hallarse vías que solucionen la irretroactividad, elemento compacto del principio de legalidad.

5.2 Prescripción

Según el fundamento jurídico 3º apartado 2 “*el dies a quo de inicio de la prescripción sería el del día en el que los familiares pudieran hacer efectivo sus derechos a una reparación eficaz y esa posibilidad no se pudo materializar hasta la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978 (...). Aún en ese supuesto habría transcurrido el plazo de prescripción fijado en 20 años por el art. 132 del Código penal (...) la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento, no pueden ser aplicados retroactivamente*”.

Dicho fundamento concuerda con lo que dice CABRERA MARTÍN al afirmar que “*esta ausencia manifiesta de voluntad es buena muestra de que a día de hoy, el Estado español sigue imponiendo obstáculos con el fin de evitar cualquier*

⁸² López López, P; “*Los crímenes del franquismo y el derecho internacional*” en “*Derecho y realidad*” nº20 (II semestre de 2012), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC, p.310

⁸³ Según TAMARIT, esta vía es la tomada por el TS en el caso Scilingo para modificar la sentencia de la AN, provocando en la STS 798/2007, una lucha contra el efecto de la prescripción y un intento de acogerse al carácter imprescriptible de los delitos contra la humanidad.

intento de investigación de los atroces crímenes cometidos en el pasado”⁸⁴. Esto es así, porque el TS ha considerado que los crímenes están prescrito, a pesar de que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad entrara en vigor en España en diciembre de 2010⁸⁵.

De nuevo TAMARIT⁸⁶ aporta la opinión doctrinal dominante sobre las normas de prescripción, en las que no se puede aplicar retroactivamente. Sin embargo, anota la excepcionalidad que supone enjuiciar unos hechos desde el poder de la dictadura, sin posibilidades de ejercer la acción penal. Por ello, entiende que las detenciones ilegales seguidas de desapariciones forzadas son de consumación permanente, cuyo cómputo del plazo de prescripción se inicia cuando cesa el estado antijurídico de privación de libertad. Mientras tanto, como crimen de lesa humanidad, no está sujeto a ningún tipo de prescripción⁸⁷.

Dicho planteamiento es compartido por LÓPEZ LÓPEZ⁸⁸, al considerar que son crímenes que no prescriben y que no cabe tratar como delitos comunes para considerarlos prescritos⁸⁹. Su argumento, va acompañado del art. 17 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas de 1992. También cabe añadir el art. 3 de la misma Declaración, que establece que “*la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad y entraña las consecuencias del Derecho internacional aplicable*”.

⁸⁴ Cabrera Martín, M; “*La impunidad de los crímenes cometidos durante el franquismo. Obligaciones del Estado español bajo el derecho internacional*” en “Asociación Española para el Derecho internacional de los Derechos Humanos”, Asturias, 2014, p.72

⁸⁵ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>

⁸⁶ Tamarit, *op.cit*, p.84

⁸⁷ Resolución 828 sobre desapariciones forzadas, de 26 de septiembre de 1984, párr. 13(a) (i) (2) y Observancia final nº5 sobre España, periodo 94 de sesiones del Comité de Derechos Humanos y Consejo de Derechos Humanos, “*Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o involuntarias. Mejores Prácticas de la Legislación Penal Nacional en Materia de Desapariciones Forzadas*” (Doc. A/HRC/16/48/add.3, de 28 de diciembre de 2010, p.16. El propio informe afirma “*la indicación de que los casos de desaparición forzada no prescriben, constituyen una garantía contra la impunidad*”.

⁸⁸ López López, *op.cit*, p.9

⁸⁹ Martín Pallín, J.A, “*La prescripción: un factor de impunidad*”. Véase en: <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-prescripcion-un-factor-de-impunidad>. Para el autor, la regla general en la prescripción es implementar la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra en los códigos penales modernos.

La interpretación que hace SÁEZ del Derecho internacional, en referencia al art. 3 y en relación al contenido del art. 8 CIPDF⁹⁰, es en palabras suyas que “*no parece disparatado considerar que tales crímenes no han prescrito, cuando menos sin haber procedido a su investigación. Porque, según nuestro código penal, en el caso de delitos permanentes los términos de la prescripción no se computarán hasta que se elimine la situación antijurídica (art. 132.1)*”⁹¹.

Para SÁEZ, que se afirme que estos hechos hayan prescrito, es cuestionable, ya que para él, los crímenes internacionales son imprescriptibles⁹² y no se debería aceptar que los mismos habrían prescrito durante el régimen. Algo que contraviene el derecho internacional, según el art. 8 CIPDF, el cual, garantiza el derecho a un recurso efectivo durante el plazo de prescripción⁹³.

Puede resultar razonable, como indica SÁEZ, de aplicar el art. 132 CP sobre el cómputo del plazo de prescripción en el momento que cesa la privación de libertad porque la Convención Internacional contra las Desapariciones forzadas⁹⁴, en su art. 8.1, prevé la posibilidad de que cada Estado parte pueda aplicar un régimen de prescripción a la desaparición forzada⁹⁵ y que éstos tomen medidas para el plazo de prescripción de la acción penal. Sólo podrían investigarse las desapariciones forzadas desde la fecha de la creación de la ONU, es decir, desde el 24 de octubre de 1945.⁹⁶

⁹⁰ “*La prescripción, en su caso, deberá contarse a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo*”

⁹¹ Sáez, “*Los jueces y el aprendizaje de la impunidad*”, p.49

⁹² Dicha afirmación concuerda con lo que se recoge en las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones finales, de 5 de enero de 2009 (CCPR/C/ESP/CO/5), párr.9. y; las Observaciones finales del Comité Contra la Tortura al informe presentado por España (CAT/C/ESP/CO/5 de 19 de noviembre de 2009), párrafo. 21

⁹³ Sáez, *op.cit.*, p.50

⁹⁴ El Estado español sólo prevé ser competente en esta convención en los casos de desapariciones forzadas iniciadas con posterioridad en su entrada en vigor. De nuevo, se establece la firmeza del principio de legalidad.

⁹⁵ Véase *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 2000*. Doc. E/CN.4/20001/68 sobre “Comentario General sobre el art. 17 de la Declaración” apartado 26 párrafo 3, cuando nos dice que “*de haber prescripción, la relativa a actos de desapariciones forzadas*”.

⁹⁶ Capellà, *op.cit.*, p.15

En consecuencia, del análisis precedente, se desprende que la desaparición forzada, al ser considerado un crimen de lesa humanidad por su práctica sistemática contra una población, cabe su imprescriptibilidad y, por tanto, su permanencia, hasta que cese la situación de antijurídica y se inicia el cómputo del plazo de prescripción.

5.3 Ley de Amnistía

La ley 46/1977 se aprobó el 15 de octubre de 1977⁹⁷ de forma consensuada por todos los grupos parlamentarios (UCD, Socialista del Congreso, Comunista, de la Minoría Vasco-Catalana, mixto y el de Socialistas de Cataluña) con 296 votos a favor, 2 en contra y 18 abstenciones⁹⁸ de Alianza Popular⁹⁹ y algunos partidos de izquierda del Grupo Mixto¹⁰⁰.

Esta Ley, en palabras de MOLINERO, ha sido considerada “*la culminación exitosa de la larga lucha reivindicativa sostenida por el antifranquismo en torno a una cuestión, una reivindicación que estuvo siempre estrechamente unida a la lucha por la democracia*”¹⁰¹. Aunque dicha ley, fue más generosa para el bando franquista, porque afirma GARCÍA ARÁN, que “*hubieran sido perseguidos y no lo fueron*”¹⁰².

⁹⁷ El 17 de octubre de 1977 entra en vigor la Ley. Véase “BOE nº248, de 17 de octubre de 1977” en <https://www.boe.es/boe/dias/1977/10/17/pdfs/A22765-22766.pdf>

⁹⁸ Vallés Muñío, D; “*Amnistía y responsabilidad civil*” en InDret, enero de 2004, p.4

⁹⁹ Véase el siguiente enlace: http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1977_024.PDF . En la p.959 del Diario de Sesiones, el diputado de Alianza Popular, Sr. Carro justifica la abstención del partido “*porque una democracia responsable no puede estar amnistiando continuamente a sus propios destructores*”.

¹⁰⁰ Tamarit, “*Los límites de la justicia transicional penal*”, op.cit, 88

¹⁰¹ Molinero, C; “*La Ley de amnistía de 1977: reivindicación antifranquista y su lectura treinta años después*” en “*3º años de la Ley de amnistía (1977-2007)*”, Barcelona, UAB, 2007, p.44

¹⁰² García Arán, M; “*Repercusiones penales de la Ley de Amnistía de 1977*” en “*30 años de la Ley de amnistía (1977-2007)*”, Barcelona, UAB, 2007, p. 189

El art. 1 enuncia que los actos con intencionalidad política¹⁰³, anteriores al 15 de diciembre de 1976; los cometidos entre el 15 de diciembre de 1976 y el 15 de junio de 1977 y; los idéntica intencionalidad realizados hasta el 6 de octubre de 1977.

Los fundamentos que se dan en la STS 101/2012, es que los crímenes están amnistiados, y que la Ley 46/1977 es de consenso, que abrió paso un proceso democrático de transición, y que dicha Ley ha de servir como escudo para evitar investigar unos hechos de importante trascendencia¹⁰⁴¹⁰⁵, simplemente porque la misma exime las responsabilidades criminales, en especial por los actos de los funcionarios del régimen.

Ello no es acorde con las Observaciones finales a España del Comité de Derechos Humanos de 5 de enero de 2009¹⁰⁶, que considera la derogación de la Ley de Amnistía de 1977¹⁰⁷.

¹⁰³ De acuerdo con el art. 2 de la Ley 46/1977, los actos de intencionalidad política que quedan amnistiados, son: los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ello, tipificados en el Código de Justicia Militar; La objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos; Los delitos de denegación de auxilio a la justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional; los actos de expresión de opinión realizados a través de la prensa, imprense o cualquier otro medio de comunicación; Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley; Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

¹⁰⁴ Gran parte de los argumentos del TS sobre el examen de la Ley de Amnistía, tienen razonamientos de sesgo político. Ello no concuerda con el inicio de la sentencia, en que los jueces que constituyen la Sala Segunda de lo Penal, del TS, se les otorga, por la Constitución y el pueblo español, la potestad jurisdiccional. Significa que dicha potestad se les atribuye para ejercer razonamientos jurídicos que no se contaminen por cuestiones políticas.

¹⁰⁵ Véase el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff (A/HRC/27/56/Add.1), párrafos 68 y 69.

¹⁰⁶ CCPR/C/ESP/CO/5 de 5 de enero de 2009, párraf. 9 apartado a).

¹⁰⁷ Véase Gil Gil, A, “*Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española*” en “InDret”, Barcelona, 2012, p.11. Gil Gil expresa “que la regla que prohíbe las amnistías de determinados crímenes internacionales surge de una interpretación jurisprudencial realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los años 2000, y podría quizás defenderse que ha adquirido con posterioridad el grado de regla consuetudinaria incorporada en el Estatuto de Roma, aunque incluso esto es dudoso hasta que la Corte Penal Internacional se enfrente a una ley de amnistía y decida cómo se aplican los artículos 16, 17 y 53 del Estatuto de Roma”.

Hasta ahora, no se ha seguido dicha observación, pues se puede plantear que la Ley de Amnistía se usa para argumentar que los crímenes cometidos eran de “*intencionalidad política*”. Pero la normativa internacional no lo acepta. Es decir, el art. 13.1 CIPDF reitera que la conducta “*no será considerado como delito político*”, ni conexo, ni inspirado por este.

Es más, GARCÉS, plantea la interpretación de la Ley 16/1977 con el PIDCP (ya que el Estado español no ha formulado reserva alguna al ratificar el Pacto) y la doctrina del TEDH; la aplicación imperativa del art. 96.1 CE. Considera de aplicación el art. 15.2 PIDCP, que no admite la “*excepcionalidad política*”.¹⁰⁸

Para justificar al autor, es imprescindible acudir a la jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, la Decisión Ould Dah c. Francia, de 17 de marzo de 2009, en que el TEDH reitera la incompatibilidad entre los actos objeto del art. 7.2 CEDH y la amnistía¹⁰⁹. También coincide en la misma línea Margus c. Croacia, de 27 de mayo de 2014¹¹⁰.

Debe tenerse presente el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CV), de 27 de junio de 1969¹¹¹, particularmente los arts. 26-28. El primero de los artículos expone el principio *pacta sunt servanda* (todo tratado en vigor obliga a las partes y ha de ser cumplida por las mismas de buena fe).

El art. 27, sin embargo, realiza la codificación de una norma consuetudinaria de Derecho internacional obligatoria para todos los Estados. Esto es, que “*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del*

¹⁰⁸ Garcés, “*los crímenes de lesa humanidad*”, *op.cit*, p.177

¹⁰⁹ Véase la Decisión Ould Dah c. Francia, nº 13113/03, de 17 de marzo de 2009, p.18

¹¹⁰ Véase la Decisión Margus c. Croacia, nº 4455/10, de 27 de mayo de 2014, p.54 en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-144276&filename=001-144276.pdf>

¹¹¹ La Convención de Viena fue adoptada el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969),1155 U.N.T.S. 331. España se adhirió el 2 de mayo de 1972, BOE nº142, de 13 de junio de 1980. Véase BOE nº142, de 13 de junio de 1980 (pp. 13099 a 13110)

incumplimiento de un tratado”¹¹². Esto concuerda con la visión de escudarse en la Ley de Amnistía, probablemente para ser aplicada de un modo político.

El art. 28 habla de la irretroactividad de los Tratados, en que “*las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del Tratado o conste de otro modo*” Vemos que GARCÉS interpreta esta “intención diferente” como la excepción para la aplicación retroactiva por vía del art. 15.2 PIDCP¹¹³.

Otra cuestión, es el recurso del Ministerio Fiscal a la Sala de la AN el 21 de octubre de 2008¹¹⁴ sobre la Ley de Amnistía, en la que su condición de ley preconstitucional, hace que sus efectos dejasen de producirse con la entrada en vigor de la Constitución.

Siendo así, no tiene sentido fundamentar en la Sentencia del Supremo, que determinados crímenes no se puedan investigar en aplicación de la Ley 46/1977, si la misma es preconstitucional¹¹⁵ y además, no recoge los tipos penales específicos (salvo el de rebelión y sedición¹¹⁶), para afirmar que las

¹¹² Con la CIPDF de 20 de diciembre de 2006, al ser ratificada por España el 24 de septiembre de 2007, está obligada a no frustrar su objeto y fin, de acuerdo con el art. 18 del Convenio de Viena, el cual, “*Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin de un tratado*”.

¹¹³ Garcés, *op.cit*, p.178

¹¹⁴ <http://www.latinreporters.com/espagneGarzonFrancoLorcaRecoursParquet20102008M.pdf>

¹¹⁵ Garcés, J, “*La Ley española 46/1977, de amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de genocidio y lesa humanidad*”, p.7; el autor hace una referencia, respecto a esta ley, del art. 3 del Código Civil español, que nos dice que la norma deberá interpretarse según el “*sentido propio de las palabras, en relación el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”. En opinión a esto, esta ley se creó bajo la circunstancia política excepcional para abrir un proceso de transición que resultó consensuado. Este sería el contexto y la realidad social en que debía ser aplicada, antes de la Constitución de 1978. Sin embargo, mi objeción a este argumento de Garcés se basa en la idea de que ante una ley preconstitucional, que a pesar de ser utilizado en los fundamentos jurídicos del TS, no tiene efectos jurídicos por la Constitución española como “*lex posterior derogat anterior*”. Esto es, que ante una norma vigente que configura los pasos a elaborar una ley que se aplique al contexto actual de la sociedad y con una determinada finalidad, no puede ser aplicada ante una ley anterior a la Norma Suprema, y que además queda sin efectos.

¹¹⁶ Art. 2 de la Ley de Amnistía 46/1977.

desapariciones forzadas no se pueden investigar por considerarse amnistiadas¹¹⁷.

No habiendo tipos penales, no significa que, indirectamente me refiera a los crímenes de lesa humanidad, pues los mismos son inamnistiables.¹¹⁸.

Como conclusión, las desapariciones forzadas quedarían excluidas de la Ley 46/1977, puesto que ésta choca con las disposiciones de la Constitución¹¹⁹. Además, la CIPDF no reconoce las desapariciones forzadas como delito político, ni como excepcionalidad política.

6. Las obligaciones del Estado

La justicia española ha puesto escollos para no investigar estos hechos. Y aunque haya numerosas recomendaciones de órganos internacionales que lo sugieren, la actitud del Estado español ha sido contraria a las obligaciones internacionales¹²⁰.

¹¹⁷ Gil Gil, A, “*Justicia transicional en España, op.cit*, p.168; Sostiene que las desapariciones forzadas no se cometieron apenas desde 1950. Considera que si las desapariciones forzadas no prescriben hasta que no aparece el cadáver, las mismas quedarían amnistiadas.

¹¹⁸ Rodríguez Arias, M.A, “*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*” en “*Jueces para la Democracia*” nº63, de noviembre de 2008, p.68; sostiene que el carácter permanente del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas supone la inaplicabilidad de amnistías domésticas; véase también su entrevista en <http://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/no-hace-falta-anular-ley-amnistia-enuiciar-crímenes-franquismo/20131001190607096908.html>; donde podemos recoger la siguiente afirmación: “*La Ley de Amnistía no tiene ningún efecto jurídico sobre crímenes de lesa humanidad. Ninguna ley de amnistía la tiene*”, afirma. *Dicir lo contrario, a su juicio, significa “dar argumentos a quienes nos dicen que no la anulemos”*.

¹¹⁹ Las Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas de la ONU de 30 de septiembre entienden que se deben “*adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular, privando de todo efecto la Ley de Amnistía de 1977, como ya ha sido recomendado por distintos organismos internacionales*”.

¹²⁰ Véase las Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas de la ONU, en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

Coincide en la misma línea, la Exposición escrita conjunta presentada por la Asociación Americana de Juristas del Consejo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2010 (A/HRC/13/NGO/91). Los autores no se sienten sorprendidos por la ausencia de voluntad política para hacer efectivo el derecho de los familiares de las víctimas para acceder a mecanismos efectivos de reparación. No les sorprende que los tribunales territoriales hayan venido aplicando la Ley 46/977, la prescripción, la irretroactividad para rechazar el pedido de investigación. Estamos

6.1 El derecho a un recurso efectivo y la Resolución 60/147

La STS 101/2012 introdujo otro escalo¹²¹, mencionando dos decisiones del CDH de 1988 relacionadas con Argentina, en las que recuerda, que el PIDCP no puede aplicarse retroactivamente en relación al art. 2.3 del pacto sobre el derecho al recurso efectivo¹²². A este fundamento se posiciona GIL GIL¹²³.

Sin embargo, CHINCHÓN ÁLVAREZ, VICENTE MÁRQUEZ y MORENO PÉREZ, destacan que las dos decisiones sobre Argentina se resolvieron en un mismo Período de Sesiones del Comité de 1990. Decisiones idénticas, que los autores la consideran como una sola¹²⁴. Curiosamente, párrafos posteriores recogen el cumplimiento del Pacto, la derogación de la Ley de Amnistía y la imprescriptibilidad. Entendemos, que el TS se inclinaba sólo por las decisiones citadas como absolutas y determinantes.¹²⁵ Aunque ello se contrapone con las Observaciones Finales del CDH, Argentina, de 5 de abril de 1995¹²⁶, pues el

de acuerdo a que esto viene causado a como se ha explicado a lo largo del trabajo, de la cultura jurídica de la jurisdicción española.

¹²¹ FJ nº Tercero apartado tercero de la STS 101/2012 de 27 de febrero de 2012

¹²² a) *Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

¹²³ Gil Gil, “Justicia transicional en España, op.cit, p.164-165; A pesar de que el PIDCP se ratificó y se introdujo en el derecho interno meses antes de aprobarse la Ley 46/1977, considera la autora que “que las violaciones de derechos humanos que darían origen al nacimiento de la obligación del art. 2.3 son anteriores a él, por lo que al no poder afirmarse que las mismas constituyen una violación del Pacto”. Afirma además, respecto a este punto, que la CDH declaró la irretroactividad del Pacto, incluso para los casos de desapariciones forzadas en los que la víctima seguía desaparecida.

¹²⁴ Chinchón Álvarez, J; Vicente Márquez, L y; Moreno Pérez, A, “La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas” en Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 2, 2014, p.89

¹²⁵ Ibídem, p.89

¹²⁶ CCPR/C/79/Add.46, párr.10: “El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto”.

Comité expresó que esas leyes de amnistía violaban el art. 2.3 PIDCP. En ese aspecto coincide RODRIGUEZ ARIAS¹²⁷

Como el derecho al recurso¹²⁸ particularmente se ejerce para los familiares, los Principios de la AGNU 60/147 son fundamentales, especialmente por definir a las víctimas como toda persona que haya sufrido daños, sea físico, como psicológico¹²⁹ y adoptar medidas eficaces¹³⁰. Este es uno de los instrumentos frente a la inactividad del Estado¹³¹ ante el deber de investigar¹³² para esclarecer la verdad de los hechos. La obligación de investigar se fundamenta en el art. 2.3 PIDCP. Y la investigación de carácter oficial se reitera en el art. 13 DPDF y en los arts. 3 y 12¹³³ CIPDF.

Dentro de las obligaciones del Estado, está también la cuestión de la reparación por la gravedad de las violaciones y el daño sufrido¹³⁴. La reparación plena y efectiva se indica en los principios 19 a 23, bajo las prestaciones de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición¹³⁵.

¹²⁷ Rodríguez Arias, *op.cit*, p.6; sostiene que “*las autoridades democráticas española olvidan su deber de llevar a cabo una investigación oficial efectiva, conducente al esclarecimiento de los hechos*” y de ello, la violación del art.2 por falta de investigación oficial efectiva.

¹²⁸ Principio 12 de la Resolución AGNU 60/147 “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”

¹²⁹ Principio 8 de la Resolución AGNU 60/147

¹³⁰ Principio 22 a) de la Resolución AGNU 60/147

¹³¹ Véase STEDH Kurt c. Turquía, de 25 de mayo de 1998, párrafo 90 y Caso Varnava c. Turquía de 18 de septiembre de 2009 (parráfs 136, 138, 145-148)

¹³² Véase STEDH Caso Zdanoka c. Letonia, de 16 de marzo de 2006, en especial referencia al Voto particular del juez Bostjan M. Zupancic en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["58278/00"\], "itemid": \["001-72794"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

¹³³ “*Cada Estado Parte velará por que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, quienes examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial. Se tomarán medidas adecuadas, en su caso, para asegurar la protección del denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como de quienes participen en la investigación, contra todo maltrato o intimidación en razón de la denuncia presentada o de cualquier declaración efectuada*”.

¹³⁴ Principio 15 de la Resolución AGNU 60/147

¹³⁵ En la indemnización ha de concederse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias por todos los perjuicios económicos; en la rehabilitación ha de incluir atención médica y psicológica, como también servicios jurídicos y sociales; en la satisfacción se incluye la revelación pública de la verdad

6.2 Ley 52/2007, de la “Memoria Histórica”

El Estado español, acordó aprobar como instrumento de investigación, la Ley 52/2007 de la “Memoria Histórica¹³⁶. A pesar de su avance legislativo, TAMARIT considera que no ha satisfecho en nada sobre las fosas comunes¹³⁷. Para ello, hay que centrarse en los arts. 11 a 14 de la Ley.

Según el art. 11, la Ley se limita a establecer el deber de las Administraciones de facilitar las tareas a los familiares de las víctimas para encontrar a sus familiares desaparecidos y hallar sus restos. Por ello, se prevén indemnizaciones. En el art. 12, el Gobierno, con las Administraciones, elaborarán un protocolo de actuación conjunta y obligación de preservar terrenos para localizar enterramientos, a la vez que en el art. 13, tienen la obligación de autorizar prospecciones. Y por último, en el art. 14, se realizan tareas de búsqueda como actividades de interés público, a efectos de autorizar la ocupación temporal de los terrenos de titularidad pública.

Sin embargo, la identificación de las víctimas y el establecimiento de la verdad, no se asume como una cuestión pública, sino como privada. De nuevo TAMARIT, las demandas de asociaciones reclamaban una mayor implicación del Estado, como la creación de bancos de ADN¹³⁸ y que el Estado las rechazó.

¹³⁶ Ley 52 de 26 de diciembre de 2007, promovida por el gobierno socialista de Rodríguez Zapatero. Se aprobó con el rechazo del PP. Véase <https://www.boe.es/boe/dias/2007/12/27/pdfs/A53410-53416.pdf>

¹³⁷ Tamarit, J, *Memoria histórica y justicia transicional en España: El tiempo como actor de la justicia penal* en “Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 2, 2014, p. 48

¹³⁸ Se creó en la UB el primer banco de ADN para la identificación de los parientes desaparecidos durante la Guerra Civil. Esta vía es de acción individual y garantizada por la UB desde la vertiente ética y legal en el proceso de identificación. Las tareas y proyectos se realizan en el Laboratorio de Genética Forense de la Facultad de Medicina, en cumplimiento de la Ley de Investigación Biomédica 14/2007 y el RD 1716/2011, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos, investigación biomédica y tratamiento de las muestras biológicas humanas. Para iniciar el proceso se sigue un protocolo de cuatro pasos: primero, realizar un esquema del árbol genealógico familiar, donde se vea la relación del pariente desaparecido con las personas más significativas en vida; segundo, llamar o escribir un correo electrónico a la Unidad de Medicina Legal de la UB o consultar antes con algunas familias que hayan seguido el protocolo, para concretar fecha de extracción y las personas que deberían de dar el testimonio genético; tercero, sesión para extraer las muestras de sangre, de cada uno de los familiares, que serán registradas en el Banco de ADN de la Unidad de Medicina Legal de la UB, para la futura identificación del familiar y; cuarto, recogida de las muestras en capsulas, con el extracto seco de la sangre donde hay el ADN purificado, junto con la documentación que lo acredita, y finalizando con el pago final del protocolo. Para una completa información, véase

6.3 Ley de Fosas 10/2009 de Catalunya

Catalunya ha ido más allá de la Ley 52/2007 en su implicación con el proceso de recuperación de la memoria, con la Ley de Fosas 10/2009, de 30 de junio¹³⁹. Esta Ley define la desaparición forzada acorde con la CIPDF, regula la creación de un censo y un registro público de desaparecidos (art. 4), mapas de fosas (art. 6) y la responsabilidad del gobierno catalán en las labores de búsqueda e identificación de restos.

Señalar, que el art. 7 de esta Ley, atribuye la responsabilidad de localizar y recuperar e identificar los restos, a la Administración de la Generalitat, la cual, puede requerir colaboración de otras administraciones, entidades memorialistas, universidades (art. 9). Los gastos son a cargo de la Administración (art. 3.2), y tanto familias, como entidades pueden instar la localización e identificación de las personas (art. 3.1) y tener derecho a obtener información (art. 7.3). Y en caso de inviabilidad de la exhumación, pueden instar la señalización del lugar y su recuperación como lugar de memoria (art. 1).

Sobre la posible judicialización penal por vía de esta Ley, CASTEJÓN¹⁴⁰, hace una interesante reflexión: Si mencionamos que el TS entiende que estos hechos no se pueden judicializar por vía penal, CASTEJÓN ve posible la vía “*no para la comprobación del delito y la investigación del delincuente, sino con la finalidad de establecer judicialmente la verdad de los hechos*”.

Como conclusión, el derecho al recurso efectivo es necesario para garantizar la dignidad de las víctimas para iniciar investigaciones. Ley 52/2007 precisa ser enfocada en las obligaciones del Estado, pues la Ley Catalana de Fosas de 2009 supone un paso más respecto a la ley española, en el compromiso de las instituciones, de la memoria histórica y de la reparación moral de las víctimas.

http://www.femfum.com/OnEtsOncleGuillem/092013BancADN guerra Civil_ES.pdf y el documental “El camí d'un protocol en <https://vimeo.com/121360358>.

¹³⁹ El Parlament de Catalunya aprobó la Ley por 114 votos a favor, 14 en contra y 3 abstenciones. Véase DOGC nº5417 de 9 de julio de 2009.

¹⁴⁰ Conde Castejón, J., “*Ley sobre la localización y la identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, y la dignificación de las fosas comunes. Un comentario crítico*” en Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal. Ed. Atelier, Barcelona, 2010, p.267.

7. Conclusiones finales

El principal objetivo de este trabajo ha sido obviar el carácter de lesa humanidad de las desapariciones, a la vez de evidenciar en la práctica las dificultades u obstáculos para que estos crímenes puedan investigarse y así, esclarecer los hechos y ejercerse el derecho a la verdad como vía de dignificación de los familiares.

En primer lugar, las desapariciones forzadas constituyen una multiplicidad de derechos vulnerados, tales como el derecho a la vida, la dignidad, a no sufrir detenciones arbitrarias, entre otros. Y que por ello, es necesario ejercer el derecho a la verdad, pues la misma reprime la tortura psicológica de las víctimas, entiendo por víctimas a las familias. Hay que mencionar además, que el derecho a la verdad es *fundamental, inalienable, intangible, imprescriptible* y *autónomo*. Y esto hace que los estados deban adoptar medidas para garantizar el derecho a saber.

En segundo lugar, recordar el proceso judicial de el ex – juez Garzón por abrir diligencias e investigar unos hechos, a partir de las numerosas denuncias sobre los crímenes del franquismo. Que la sentencia del TS que lo absuelve del delito de prevaricación y que cierra las puertas a toda investigación sobre los crímenes del pasado, es considerada para muchos, como un peligro a la violación de los derechos humanos.

En tercer lugar, dicha sentencia resuelve desfavorablemente tres aspectos en los que Garzón hizo hincapié en sus autos, que son el principio de legalidad y su problemática con la irretroactividad, la prescripción y la aplicabilidad de la Ley de Amnistía 46/1977.

Sobre el principio de legalidad y irretroactividad, hemos contemplado la rigidez de aplicabilidad del principio de legalidad en el Derecho interno, rechazando la costumbre internacional, frente al posicionamiento más flexible del Derecho internacional.

Ante esta disyuntiva, determinados autores se han posicionado en el reconocimiento del Derecho internacional. En lo que respecta a la irretroactividad, se ha tratado de valorar opciones para no prohibirse la aplicación retroactiva de las normas.

De la prescripción, se ha entendido, que ante desapariciones forzadas, cabe su imprescriptibilidad por su práctica sistemática y su permanencia en el tiempo, hasta el cese de la situación antijurídica para iniciarse el cómputo de plazo de prescripción.

Por último, respecto a la Ley de Amnistía, recordar las recomendaciones de órganos internacionales sobre su derogación, así como el empleo práctico del PIDCP, de la doctrina y jurisprudencia del TEDH y de la aplicabilidad del CV de 1969, no podría ser amparable para las desapariciones forzadas, puesto que esta Ley, choca con las disposiciones de la Constitución, la cual recoge que los derechos se interpretarán a la luz de los Tratados internacionales.

En cuarto y último lugar, la obligatoriedad del Estado de cumplir con las víctimas. A pesar de ello, la justicia ha puesto escollos, como el intentar mediante la sentencia del TS, que el derecho a un recurso efectivo no sea de aplicación de retroactiva, comparando con las resoluciones del CDH, respecto a las Leyes de Obediencia Debida y de Punto Final de Argentina.

También era importante mencionar en este apartado, la Ley de Memoria Histórica. Ley, que sin embargo, no ha cumplido con las expectativas, en especial referencia a las fosas comunes. La identificación de las víctimas y el establecimiento de la verdad, se asume como una cuestión privada, cuando debería ser obligación pública del Estado.

No podemos pensar lo mismo, de la Ley de Fosas 10/2009, que supone un paso más en su compromiso por la memoria histórica y de la reparación moral de las familias. Esto es así, por crear un censo y registro público de los desaparecidos, mapas de fosas y establecer la responsabilidad del gobierno catalán en los objetivos de búsqueda e identificación de restos.

Incluir en esta conclusión, la creación del Banco de ADN por la UB, que ha permitido la creación de una vía de acción individual con sus garantías legales en el cumplimiento de ayudar a familiares a localizar a sus seres queridos víctimas de desapariciones forzadas. Todo ello, mediante una serie de protocolos de actuación que implican trabajo y atención, por parte de los miembros del Laboratorio de Genética Forense de la Facultad de Medicina y de la Unidad de Medicina Legal de la UB.

A mi juicio, este trabajo me ha permitido interesarme por el fenómeno de las desapariciones forzadas y tratar de resolver los obstáculos planteados que han menoscabado la integridad moral y psicológica de familias que se han visto desamparadas por el Estado, y que simplemente, quieren encontrar a sus familiares y enterrarlos con la dignidad que se merecen. Tratar de convencer que hay que pasar página para no abrir viejas heridas, es un error que puede poner en entredicho la consolidación de la democracia del Estado español, ya que la democracia conlleva responsabilidad y ejemplaridad.

Por tanto, es necesario seguir trabajando en esta materia y desbloquear esos obstáculos legales, que permitan ejercer con más flexibilidad el derecho a un recurso efectivo, con su consecuente resultado de esclarecimiento de los hechos. Hay que seguir trabajando en mejorar la Ley de Memoria Histórica, para que las funciones de localización, identificación y exhumación, sean responsabilidad del Estado, y no de los particulares, ni de las asociaciones memorialistas.

8. Bibliografía

AMBOS, K, “*Impunidad y derecho penal internacional*”. Ed. AD-HOC SRL, Buenos Aires, 1999 en <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/AmbosImpunidadyderechopenalinternacional2ed1999pdf.pdf>

CABRERA MARTÍN, M, *La impunidad de los crímenes cometidos durante el franquismo*, AEDIDH, Asturias, 2014.

CAPELLÀ I ROIG, M, *Las “desapariciones forzadas” en España durante la Guerra Civil y el franquismo: violaciones y crímenes de Derecho internacional sin reparación ni castigo*” en “Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. VI, 2006 pp. 265-301.

CHINCHÓN ALVÁREZ, J, “*Las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, en CASADO, M. Y LÓPEZ ORTEGA, J.J. (coords): *Desapariciones Forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del Convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*. UNESCO-Catédrá de Bioética de la UB y Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2015, pp. 341-359.

CHINCHÓN ALVÁREZ, J, “*La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas*” en Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 66-101.

ESCUDERO, R, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain* en “Human Rights Quarterly nº36 by The Johns Hopkins University Press, 2014, pp. 123-146.

ESCUDERO, R, *Desapariciones Forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Ed. Trotta, Madrid, 2013.

ESPUNY TOMÁS, M^a, - PAZ TORRES, O (Coords) *30 años de la Ley de Amnistía (1977-2007)*. Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2009.

GARCÉS, J, *La Ley española 46/1977, de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad* en <http://casogarzon.blogspot.com.es/p/analisis-juridicos.html>.

GARCÍA SÁEZ, J.A, “*Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen*”, en “Eunomía. Revista en cultura de la legalidad nº4, marzo – agosto 2013, pp.139-153.

GIL GIL, A, *La justicia de transición en España: de la Amnistía a la memoria histórica*. Ed. Atelier, Barcelona, 2009

LÓPEZ LÓPEZ, P, *Crímenes del franquismo, derecho y justicia transicional* (Conferencia inaugural del III Congreso Internacional de Derechos Humanos (Tunja, Colombia, 30-31 de octubre de 2014).

LÓPEZ LÓPEZ, P, “*Los crímenes del franquismo y el derecho internacional*” en Derecho y Realidad nº20. Segundo semestre de 2012. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, pp.279-312.

LÓPEZ ULLA, J.M, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

MARTÍN PALLÍN, J.A – ESCUDERO ALDAY, R, *Derecho y memoria histórica*. Ed. Trotta, Madrid, 2008

MARTÍN PALLÍN, J.A, “*La prescripción: un factor de impunidad*” en <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-prescripcion-un-factor-de-impunidad>.

MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A, *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*. 2014. UNED. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal y Criminología.

RODRÍGUEZ ARIAS, M.A, “*La nueva ley “de memoria” y la vulneración de los arts. 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo*” en Jueces para la Democracia, nº63, de noviembre de 2008, pp.68-85.

SAEZ, R, “*Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo*” en Mientras tanto, nº114, p.41-72.

TAMARIT, J, “*Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español*” en Política criminal vol. 7, nº13 (Julio 2012), Art. 2, pp. 74-93 y http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A2.pdf

TAMARIT, J, “*Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal*” en Anuario iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp.43-65.

TAMARIT, J, (coord.) *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*. Ed. Atelier, Barcelona, 2010.

ANEXO

DOCUMENTOS Y SENTENCIAS CONSULTADAS

Documentos consultados

- *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, adoptada por la AGNU en Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992.
- *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006 (A/RES/61/177).
- Observancia final nº5 sobre España, periodo 94 de sesiones del Comité de Derechos Humanos y Consejo de Derechos Humanos, “*Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o involuntarias. Mejores Prácticas de la Legislación Penal Nacional en Materia de Desapariciones Forzadas*” (Doc. A/HRC/16/48/add.3, de 28 de diciembre de 2010).
- *Resolución 828 (1984) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, adoptada el 26 de septiembre de 1984.
- *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1974*. Documento OEA/Ser.L/V/II.34, Doc.31, Rev.1, de 30 de diciembre de 1974.
- Comisión de Derechos Humanos, *Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos*, elaborado y revisado por el Sr. Joinet Pursuant, acompañando al *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II, 2 de octubre de 1997).

- Comisión de Derechos Humanos, *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005).

- Comisión de Derechos Humanos, *Promoción y protección de los derechos humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* (E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006).

- Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos* (CCPR/C/ESP/CO/5 de 5 de enero de 2009).

- Consejo de Derechos Humanos, *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”. El derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* (A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007).

- *Resolución 1463 (2005) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 3 de octubre* (Doc. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006).

- *Resolución 1736 de 17 de marzo de 2006 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.*

- Comisión de Derechos Humanos, *Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y en particular. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias* (Doc. E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981).

- Comentario General sobre el art. 17 de la Declaración en *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 2000*. Doc. E/CN.4/20001/68.
- Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial, Pablo de Greiff, sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Misión a España*, (A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014).
- Asamblea General, Resolución 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006).
- Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Argentina, de 5 de abril de 1995 (CCPR/C/79/Add.46).
- Consejo de Derechos Humanos, *Exposición escrita conjunta presentada por la Asociación Americana de Juristas, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial y el Institute for Planetary Synthesis, organización no gubernamental reconocida en la lista* (A/HRC/13/NGO/91, de 26 de febrero de 2010).

Sentencias consultadas

- SAN 16/2005, de 19 de abril de 2005
- STS nº798/2007, de 1 de octubre
- STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012
- Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C nº4.

- STEDH Kurt contra Turquía, de 25 de mayo de 1998.
- STEDH Timurtas contra Turquía, de 13 de junio de 2000
- STEDH Kurt c. Turquía, de 25 de mayo de 1998
- Caso S.W. v The United Kingdom, nº20166/92, de 22 de noviembre de 1995.
- STEDH Caso C.R. v The United Kingdom, nº20190/92, de 22 de noviembre de 2005.
- TEDH Caso Varnava c. Turquía de 18 de septiembre de 2009
- STEDH Caso Zdanoka c. Letonia, de 16 de marzo de 2006
- Decisión Ould Dah c. Francia, nº 13113/03, de 17 de marzo de 2009
- Decisión Margus c. Croacia, nº 4455/10, de 27 de mayo de 2014
- STEDH Caso Zdanoka c. Letonia, de 16 de marzo de 2006
- Caso Streletz, Kessler and Krenz v Germany, de 22 de marzo de 2001

