

DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y A OBTENER UNA REPARACIÓN JUSTA Y ADECUADA QUE CORRESPONDE A LAS VÍCTIMAS DE DESAPARICIONES FORZADAS, CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y OTRAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMETIDAS EN ESPAÑA DURANTE LA GUERRA CIVIL Y LA DICTADURA

Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez*

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1931. III. EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU EFICACIA O INCIDENCIA INTERNA. IV. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A INTERPONER UN RECURSO EFECTIVO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL DERECHO A OBTENER REPARACIÓN JUSTA Y ADECUADA. V. LA LEY 52/2007, DE 26 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE RECONOCEN Y AMPLÍAN DERECHOS Y SE ESTABLECEN MEDIDAS EN FAVOR DE QUIENES PADECIERON PERSECUCIÓN O VIOLENCIA DURANTE LA GUERRA CIVIL Y LA DICTADURA. VI. LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL VERSUS RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. VII. CRÍMENES Y HECHOS ILÍCITOS INTERNACIONALES CON CARÁCTER Y EFECTOS CONTINUOS EN EL TIEMPO. LA LEY 46/1977, DE 15 DE OCTUBRE, DE AMNISTÍA. VIII. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD E IMPRESCRIPTIBILIDAD. EL DOBLE PLANO: LA INVESTIGACIÓN/ENJUICIAMIENTO DE LOS CRÍMENES Y LA DETERMINACIÓN DEL CASTIGO. XIX. LA COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL. X. CONCLUSIONES: LA NECESIDAD DE ADMITIR LO OCURRIDO Y DAR REPARACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el golpe de Estado que padeció España el 17 de julio de 1936, quienes protagonizaron, contra el Gobierno constitucional, un movimiento de insurrección o subversión —convertido a la postre (1939) en gobierno *de facto* de un nuevo régimen político— organizaron y comenzaron a aplicar un plan sistemático concebido para destruir y eliminar a sus adversarios, incluidos los opositores políticos y todos aquellos que legítimamente respaldaron la legalidad del régimen constitucional hasta entonces vigente, lo que ocasionó víctimas también entre sus familiares.

Para realizar dicho plan se ejecutaron y produjeron, entre 1936 y hasta mucho después, ya instituido y vigente un nuevo orden legal que habría de regir los destinos de España hasta la recuperación de la legalidad y legitimidad democráticas, actos y omisiones que

* Ginebra, Las Palmas de Gran Canaria, 30 de abril de 2008

comportaron la violación masiva y flagrante de derechos humanos y libertades básicas de miles de personas. De manera sistemática, los insurrectos y la nueva dirigencia política, o quienes actuaban con su connivencia, su tolerancia o su permisividad ejerciendo funciones estatales, propias de los diferentes poderes públicos, planificaron y/o llevaron a cabo (a) detenciones ilegales y arbitrarias; (b) torturas y otros tratos que, de forma cruel, inhumana o degradante, lesionaron y mermaron, de modo muchas veces irreversible, la integridad física y mental de las personas directamente afectadas y sus familiares; (c) juicios sumarísimos sin las garantías mínimas del debido proceso internacionalmente reconocidas; (d) ejecuciones sumarias, arbitrarias y extrajudiciales, con o sin proceso judicial previo; (e) violación de domicilios, saqueos y confiscaciones de bienes, propiedades y otros efectos; (e) castigos colectivos; (f) desapariciones forzadas o involuntarias; y (g) otras acciones (u omisiones) frontalmente opuestas a principios elementales de humanidad que afectaron particularmente a quienes ejercían o pretendían ejercer diferentes derechos y libertades que, en el momento del golpe militar, la Constitución de 9 de diciembre de 1931 enunciaba y protegía; pero también a sus familiares, muchas veces estigmatizados y humillados de por vida.

La AEDIDH ha podido conocer que desde finales del año 2006 se han presentado, ante el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, distintas peticiones dirigidas a obtener auxilio judicial, así como denuncias (en casos, entre otros, de desapariciones forzadas o involuntarias de personas cometidas durante la guerra civil y tiempo después) por parte de particulares que, explícita o implícitamente, se consideran víctimas de violaciones de derechos y libertades enunciados en la Constitución de 1931, pero amparados además por normas internacionales entonces y ahora vigentes. Han concurrido igualmente distintas Asociaciones de Recuperación de la Memoria Histórica que invocan un interés legítimo basado en las funciones que estatutariamente les corresponden y representando, también, la voluntad de sus miembros asociados, igualmente víctimas directas o indirectas de las violaciones de derechos y libertades alegadas. Conviene destacar, concretamente y sin ánimo exhaustivo, que los denunciantes, aparte de la aplicación de las normas jurídicas más ajustadas o procedentes en Derecho (incluso las que son propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario), han solicitado:

- la instrucción de medidas, diligencias y procedimientos judiciales necesarios para la investigación y el esclarecimiento completos de los hechos denunciados, incluidas la determinación de las responsabilidades a que hubiera lugar y el establecimiento tanto de las circunstancias en que se produjeron las violaciones denunciadas como las acciones u omisiones dirigidas a asegurar la impunidad de los perpetradores u ocultar los hechos ilícitos cometidos;
- el reconocimiento oficial de la responsabilidad del Estado por comisión de crímenes imprescriptibles, entre los que figuran las desapariciones forzadas o involuntarias de personas individualmente identificadas;
- la averiguación y comprobación del lugar, paradero o destino de los desaparecidos, en particular en los sitios donde hay sospechas fundadas del arrojamiento de sus restos, evitando las exhumaciones clandestinas y removiendo cualquier obstáculo que impida proceder debidamente a su localización;

- el auxilio, colaboración o ayuda de las autoridades del Estado para la localización, exhumación, recuperación e identificación de los restos y su entrega a los familiares, incluidos aquellos restos que pudieran encontrarse en propiedades de particulares y cualquier otra entidad pública o privada, haciendo posible el derecho a poder honrar a las víctimas y darles sepultura o entierro dignos;
- la protección de la dignidad personal, del derecho a la memoria y del derecho (individual y colectivo) a conocer la verdad de lo acontecido, incluyendo la realización efectiva del derecho a acceder y obtener toda información pertinente de cualquier clase de registros y archivos;
- la reparación —en general— plena, adecuada y conforme a Derecho de todos los derechos violados, incluso aquellos derechos de quienes, siendo familiares y descendientes de las víctimas directas, pueden legítimamente presentarse y actuar como víctimas de violaciones de derechos y libertades internacionalmente protegidos y reconocidos además por el ordenamiento constitucional vigente al producirse la sublevación militar.

II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1931

En efecto, el texto constitucional de 1931¹ reconocía y amparaba en el *Capítulo primero del Título III (Derechos y deberes de los españoles)*, las *Garantías individuales y políticas* que seguidamente se destacan: la libertad de conciencia (art. 27), el principio de legalidad e irretroactividad en materia penal, unido al derecho a ser juzgado por un juez competente y conforme a los trámites requeridos también por ley (art. 28); el derecho a la libertad y seguridad y las garantías inherentes y necesarias para evitar privaciones arbitrarias de libertad (art. 29); la prohibición de extraditar a delincuentes político-sociales (art. 30); el derecho a circular libremente por el territorio nacional y elegir en él residencia y domicilio, que se declara inviolable, como la correspondencia, salvo (en ambos casos) en virtud de mandamiento de la autoridad judicial competente (arts. 31 y 32); la libertad para elegir profesión, industria o comercio (art. 33); el derecho a emitir libremente las ideas u opiniones sin sometimiento a censura previa (art. 34); los derechos de reunión pacífica y manifestación (art. 38); las libertades de asociación y sindicación (art. 39); el derecho de todos los españoles a acceder a empleos y cargos públicos, así como la garantía de inamovilidad de los funcionarios públicos (salvo por causas previstas en la ley) y su derecho a no ser molestados ni perseguidos por sus opiniones políticas, sociales o religiosas (arts. 40-41). Además, el referido Capítulo I estaba presidido por una garantía fundamental, conforme a la cual se disponía que «no podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas...» (art. 25).

Asimismo, conforme al art. 42 del texto constitucional, las libertades y los derechos proclamados/os en los arts. 29, 31, 34, 38 y 39 se beneficiaban de las garantías previstas en el art. 42, establecidas para asegurarlas/los debidamente y evitar que fueran arbitra-

¹ *Gaceta de Madrid*, núm. 344, de 10 de diciembre de 1931, págs. 10578 a 10588.

riamente suspendidas/os (total o parcialmente), principalmente cuando fuera necesario para preservar la seguridad del Estado o en casos de notoria e inminente gravedad.

Por otro lado, en el Capítulo segundo (*Familia, economía y cultura*) del referido Título, la Constitución quiso deliberadamente poner bajo la salvaguardia especial del Estado a la familia, pero sin limitarse a asegurar la igualdad de derechos entre cónyuges, ni a enunciar los deberes de los padres hacia sus hijos. En efecto, esa protección del Estado a la familia se manifestaba, *ad exemplum*, en las obligaciones que incumben al Estado, puesto que éste «velará por el cumplimiento de estos deberes y *se obliga* subsidiariamente a su ejecución», en lo que se refiere a «alimentar, asistir, educar e instruir» a los hijos. Una singular voluntad de protección se manifestaba también al decir que «el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la “Declaración de Ginebra” o tabla de los derechos del niño» (véase, para todo ello, el art. 43). De este modo, en sede constitucional se acogía expresamente el texto de la Declaración aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de septiembre de 1924. En ella, se reconoce que «la humanidad debe dar al niño lo que mejor tiene, afirmando sus deberes, fuera de toda consideración de raza, de nacionalidad o de creencia»; que «el niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente»; que «el niño que tiene hambre debe ser alimentado; el... enfermo... cuidado; el... que sufre atrasos debe ser animado; el niño extraviado debe ser recuperado; el niño huérfano y el abandonado deben ser acogidos y ayudados»; que «debe ser el primero en recibir ayuda en caso de desamparo» y que «debe ser protegido contra toda explotación».

La Declaración de 1924 fue más tarde asumida tanto en la Declaración de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas [resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959], como en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).

También fue protegido el derecho de propiedad, al menos de forma indirecta, puesto que —aunque subordinado a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas— su expropiación forzosa por causa de utilidad social, requería adecuada indemnización, «a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes» (art. 44). Finalmente, cabe destacar, entre otros, algunos de los derechos que en el ámbito laboral el Estado debía asegurar a todo trabajador, como las condiciones necesarias de una existencia digna, seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; o protección a la maternidad (art. 46).

III. EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU EFICACIA O INCIDENCIA INTERNA

Los derechos fundamentales y libertades antes referidos estaban igualmente reconocidos por normas internacionales ya en vigor, o posteriormente en vigor, a partir de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas (1945) que declaró la obligación de los Estados Miembros de «tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organi-

zación, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55». Este artículo, en su apartado c), se refiere al «respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades». De manera que no cabe sino colegir que España, desde su ingreso en las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1955, asumió por escrito, en un tratado internacional, la obligación de tomar medidas para respetar efectivamente los derechos humanos y libertades fundamentales que el Derecho Internacional universalmente reconoce.

Hasta entonces, esa obligación existía también para España, pero en el ámbito de otros tratados internacionales y, como se verá *infra*, en el de las obligaciones dimanantes del Derecho Internacional consuetudinario en vigor y obligatorio para España, siempre y cuando se acredite su existencia o vigencia. Así es, puesto que, como es sabido, en Derecho Internacional la costumbre internacional posee, en principio, igual valor jurídico que el tratado internacional y es por tanto una fuente de Derecho apta o idónea para imponer a los Estados obligaciones jurídicas, incluso en el ámbito de las relaciones de un Estado con los particulares, gozando las mismas de precedencia, prioridad o primacía frente a toda norma del Derecho interno del Estado. En este punto, es menester destacar que toda hipótesis de conflicto entre las obligaciones internacionales (derivadas de la costumbre internacional o de los tratados internacionales) era, en Derecho, más teórica que real, puesto que su solución fue prevista y anticipada por el texto constitucional de 1931, donde se ordenó que «el Estado español *acatará* las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su Derecho positivo». La Constitución de 1931 disponía también que «todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquéllos se disponga (...). No podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido»².

No obstante, aunque la previsión faltara, hubiese sido innecesaria, puesto que es un principio general del Derecho Internacional el que proclama la primacía de las obligaciones internacionales frente a las del Derecho interno del Estado. Este principio de preeminencia ha sido “declarado” (por ser mucho antes regla consuetudinaria) por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al que nuestro país se adhirió el 2 de mayo de 1972³, en cuyo art. 27 se dispone que un Estado Parte «no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Por tanto, los arts. 7 y 65 de la Constitución de 1931, el último con un acusado *parentesco* con el art. 96 de la Constitución hoy vigente, no hicieron más que acoger un principio universalmente admitido entonces, más tarde y ahora, ya que lo hizo suyo la vigente Constitución española de 27 de diciembre de 1978, al decir que las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados «sólo podrán ser derogadas,

² Arts. 7 y 65 de la Constitución de 1931.

³ BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional» (art. 96 de la Constitución de 1978). No figuran mencionados aquí únicamente los tratados internacionales, sino también las normas generales del Derecho internacional (esto es, la costumbre), para las que se afirma su recepción automática en Derecho español, lo que se produce «desde el momento de cristalización de la costumbre en la Comunidad Internacional, salvo oposición manifiesta de España en el momento de su formación»⁴.

Un mandato próximo, aunque no idéntico, al del art. 96.1 es el que se encuentra en el segundo párrafo del art. 10 de la Constitución española, donde se ordena interpretar «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce... *de conformidad con* la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». El precepto en cuestión, como se conoce, *no* sirve para integrar en el ordenamiento jurídico español, normas procedentes de las fuentes del Derecho internacional que el mismo identifica (la Declaración Universal de 1948 y otros tratados y acuerdos aceptados por España). Se trata más bien de una disposición que evita en un ámbito material concreto (el de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce) toda colisión entre la Constitución y las obligaciones internacionales que pesan sobre España. Así es, ya que el art. 10.2 introduce con nitidez un criterio hermenéutico o interpretativo apto para discernir o precisar “*internacionalmente*” el contenido de derechos que tienen su lugar en sede constitucional. Es decir, el art. 10.2 proporciona a los poderes públicos y podría decirse también que a todos los operadores jurídicos, “parámetros interpretativos” de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos, lo que repetidamente viene afirmando el Tribunal Constitucional español. Por ejemplo, en Sentencia del Pleno de 30 de marzo de 2000, al sostener que en el proceso para determinar tanto los derechos que la Constitución proclama como su contenido:

«Especial relevancia revisten... la Declaración Universal de Derechos Humanos... y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que **el art. 10.2 CE** remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente **expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España...**»⁵.

⁴ Díez de Velasco, Manuel: *Instituciones de Derecho internacional público*, decimosexta edición, Madrid, 2007, p. 245.

⁵ Fundamento jurídico 7 (párr. séptimo) de la Sentencia núm. 91/2000 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 30 de marzo.

Destaca decididamente -en las palabras del Tribunal- el fundamento sobre el que a su juicio se asienta el referido art. 10.2 y que conviene retener: «el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado».

IV. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A INTERPONER UN RECURSO EFECTIVO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL DERECHO A OBTENER UNA REPARACIÓN JUSTA Y ADECUADA

En la realización material y teleológica del mandato impuesto por el art. 10.2, que *fuera* a buscar y asegurar o garantizar la coincidencia entre los contenidos de los derechos y libertades constitucionales y los internacional o universalmente aceptados, se sitúa otra decisión del Tribunal Constitucional que, en referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 16 de diciembre de 1966⁶, recordó a propósito del derecho de los extranjeros a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) anteriores sentencias suyas en las que:

«... la extranjería era irrelevante en relación con el derecho constitucional entonces controvertido, que era el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Así señalábamos... que, con determinadas salvedades expresamente previstas en el texto constitucional, los extranjeros disfrutaban de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución..., si bien atemperando su contenido a lo establecido en los Tratados internacionales y en la Ley interna española. «Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos” (STC 107/1984, de 23 de noviembre [RTC 1984, 107], Sala Segunda, F. 4, “Boletín Oficial del Estado” de 21 de diciembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” o, dicho de otro modo, con “aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español” (ibídem, F. 3). Pues bien, **uno de estos derechos es el que “todas las personas tienen... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales”**, según dice el art. 24.1 de nuestra Constitución; ello es así, **no sólo por la dicción literal del citado artículo** (“todas las personas...”), **sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 CE, de conformidad con el art. 10 de la Declaración universal de derechos humanos, con el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950... y con el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos...**, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es

⁶ Ratificado por España el 27 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

reconocido a “toda persona” o a “todas las personas”, sin atención a su nacionalidad» (STC 99/1985, de 30 de septiembre [RTC 1985, 99] , F. 2)»⁷

Si bien el pasaje de la sentencia transcrito remite o alude al art. 14.1 del PIDCP como correspondencia o equivalencia internacional del derecho constitucional a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, en realidad figura ahí solamente un aspecto parcial o incompleto de ese derecho humano fundamental que, en realidad, encuentra *cobijo* pleno en el **art. 2** del citado tratado internacional, objeto de frecuente olvido, cuando establece que

«1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

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»**

Precisamente, el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del mismo PIDCP ha podido perfilar y *alumbrar* el sentido y alcance del **derecho a un recurso efectivo** enunciado en el art. 2, en su calidad de órgano competente para ejercer (por distintos cauces) funciones de supervisión o control de las obligaciones asumidas por todos los Estados Partes. Así, el Comité de Derechos Humanos interpretó el art. 2 del Pacto con

⁷ Fundamento jurídico quinto (párr. segundo) de la Sentencia núm. 95/2003 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 22 de mayo.

el calado que resulta de afirmar en su *Observación general n° 31*⁸ los extremos que desde ahora destacamos:

«4. Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. **Todos los poderes del Estado** (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, **a cualquier nivel que sea**, nacional, regional o local, **están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte** (...). Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, **el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado**. (...). 7. El artículo 2 impone a los Estados Partes la **obligación de adoptar medidas** legislativas, **judiciales**, administrativas, educativas y de otra índole **adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas**. (...).»

Y si bien el Comité señala que

«8. (...) El Pacto no puede considerarse como un sustitutivo del derecho interno penal o civil...»

acto seguido también previene que

«8. (...) Sin embargo, **las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado**, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también **contra los actos** cometidos por personas o entidades privadas **que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto** en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, **como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado** por actos de personas o entidades privadas.

De manera que un componente esencialísimo del derecho a un recurso efectivo y de las obligaciones de cualquier Estado que, como España, tenga la condición de Parte en el PIDCP, consiste en la **obligación de debida diligencia para adoptar todas las medi-**

⁸ Observación General n° 31 (La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto) adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 80º Período de sesiones, el 29 de marzo de 2004. Su texto íntegro figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, doc. HRI/GEN/1/Rev.8, 8 de mayo de 2006, páginas 270-275.

das necesarias al objeto de (si no fue posible evitar) **al menos castigar, investigar o reparar los daños causados** (sea por acciones u omisiones de los agentes del Estado o atribuibles a los particulares).

Además, en los planos atinentes tanto a la aplicación interna del Pacto, como a la compatibilidad entre las obligaciones internacionales del Estado Parte y sus normas *o prácticas* internas, el Comité determina las obligaciones del Estado (y, por lo dicho antes por el Comité, de todos los poderes del Estado, incluidos los judiciales) del modo siguiente:

«13. El párrafo 2 del artículo 2 impone a los Estados Partes la **obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del Pacto en la esfera interna**. De ello se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados Partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto. **Cuando existan incompatibilidades entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto**»

Asimismo, la obligación inscrita en el art. 2.2 del Pacto produce efectos inmediatos (puede decirse que *directos*) en el plano o esfera internos, ya que

«14. El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de **que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato**. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado».

Sin embargo, no es sino al interpretar el tercer y último párrafo del art. 2 cuando el Comité *encara* el **derecho a un recurso efectivo** desde el punto de vista (no ya de las obligaciones del Estado Parte) sino de la víctima o víctimas de las violaciones de los derechos protegidos, y como uno de los derechos que, al igual que los demás protegidos por el Pacto, se derivan —según expresión del preámbulo— «de la dignidad inherente a la persona humana». Tanto el uno como el otro (el derecho a obtener de Jueces y Tribunales la *tutela judicial efectiva* mediante el ejercicio del derecho a un recurso efectivo y su fundamento, la dignidad de la persona humana) han sido ciertamente acogidos en nuestro ordenamiento constitucional (arts. 24.1 y 10.1 de la Constitución española). El Comité contempla y concibe el derecho a un recurso efectivo así:

«15. **El párrafo 3 del artículo 2 exige que**, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, **los Estados Partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces** para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada **para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas**, con inclusión en particular de los niños. El Comité atribuye importancia al esta-

Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura

blecimiento por los Estados Partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno. **El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional».**

Por tanto, el Comité confía o deposita en el poder judicial de los Estados Partes la responsabilidad para permitir que el Pacto despliegue efectos directos *ad intra* y ayude a interpretar (conforme al Pacto) normas internas del Estado entre las cuales figura el 24.1 de la Constitución. En particular, forma parte del derecho a un recurso efectivo la obligación de

«15. (...) dar efecto a la **obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales.** (...) **La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto»**

En este punto, la AEDIDH quisiera enfatizar que el Comité entiende que

«15. (...) **El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz»**

y también que delimita el contenido del derecho a un recurso efectivo con la amplitud que sigue, en términos de **reparación a las víctimas**:

«16. El párrafo 3 del artículo 2 requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. **Si no se otorga una reparación** a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, **la obligación de proporcionar un recurso efectivo**, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, **no se cumple»**

¿Qué entender, pues, por **reparación**?

«16 (...) **Además de la reparación explícita** exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 el Comité considera que **el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada**. El Comité señala que, **cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos**»

Por tanto, la reparación como concepto jurídico es ciertamente polivalente en la medida que produce eficacia dispar o desigual, en ámbitos distintos, todos ellos de enorme importancia para las víctimas de la guerra civil y la posterior dictadura militar. Ámbitos que, desde luego, rebasan en mucho el reconocimiento (legal o judicial) de una simple indemnización a las víctimas, insuficiente por sí sola para brindar recurso (o tutela) y reparación (efectivos y auténticos) a las víctimas de las violaciones en los casos a los que este Informe alude. Sin duda, «toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación», porque expresamente lo contempla el art. 9.5 del Pacto. Pero existen esos otros medios reparadores a los que el Comité apunta con ánimo no exhaustivo, tales como: la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y *cambios en las leyes y en las prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos*.

En ese último aspecto, que enlaza con la obligación general de todo Estado Parte de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales, el Comité señala que

«18. Cuando las investigaciones... revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, **la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto**. Esas obligaciones surgen, **en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6)**. En realidad, **el problema de la impunidad** con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que **contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad** (véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7)».

Por lo tanto,

«18. (...) **cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto** a que se hace referencia en el presente párrafo, **los Estados Partes *no* pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías...** y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. Además, **ninguna posición oficial justifica que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de responsabilidad jurídica. Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse, como la defensa de la obediencia a órdenes superiores o los períodos ex-**

Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura

cesivamente breves de prescripción en los casos en que esas limitaciones son aplicables»

Finalmente, el Comité es de la opinión que

«19. (...) el derecho a un recurso efectivo puede en algunas circunstancias hacer necesario que los Estados Partes adopten y apliquen medidas provisionales para evitar violaciones constantes y para reparar lo más pronto posible cualquier daño que se pueda haber causado de resultas de esas violaciones»

Por consiguiente, la AEDIDH tiene la convicción profunda pero fundada en normas de Derecho, de que **el derecho a un recurso efectivo tal y como lo interpreta el Comité de Derechos Humanos puede y debe servir (ex art. 10.2 de la Constitución) como parámetro válido de interpretación del derecho que asiste a las víctimas contempladas en este Informe a «obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»** (art. 24.1 de la Constitución). Ello exige interpretar el derecho fundamental del art. 24.1 de manera compatible con las obligaciones que incumben a España como Estado Parte en un tratado internacional de ámbito universal (el PIDCP), debiendo los Tribunales de nuestro país aplicar de manera preferente —en caso de conflicto con normas internas españolas— las disposiciones del tratado en el que España es parte, dando así efecto útil al derecho consagrado por el art. 2.3 del PIDCP (derecho a un recurso efectivo) y reflejado en el art. 24.1 del texto constitucional hoy vigente. Este modo de proceder, primando el tratado, viene amparado por el ya señalado art. 96.1 del propio texto constitucional en tanto que las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados

«una vez publicados oficialmente en España... solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional»

Ello representa otro mandato inequívoco dirigido a todos los operadores jurídicos para hacer efectiva esa preferencia o **primacía de las obligaciones internacionales** y para, por añadidura, apartar las normas internas opuestas, en la inteligencia de que no habrá o deberá haber conflicto posible entre esos tratados y la Constitución gracias a que —tratándose de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce— el art. 10.2 ordena interpretarlos «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Para la AEDIDH, otros instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas en la medida en que expresen un consenso o acuerdo general o universal entre las naciones, deberían ser ponderados, con iguales efectos interpretativos, por todos los poderes públicos al objeto de ofrecer un tratamiento adecuado a las denuncias. La AEDIDH quisiera llamar la atención sobre la resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, que aprobó por consenso (*sin votación*) los llamados **Princi-**

pios 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, señalando que

«la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma el derecho internacional en la materia»

Y recomendando a los Estados que

«tengan en cuenta los Principios y directrices básicos, promuevan el respeto de los mismos y los señalen a la atención de los miembros de los órganos ejecutivos de gobierno, en particular los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las fuerzas militares y de seguridad, los órganos legislativos, el poder judicial, las víctimas y sus representantes, los defensores y abogados de derechos humanos, los medios de comunicación y el público en general»

Los principios reflejan sin duda un *acuerdo universal sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación*, como parte del derecho a un recurso efectivo, lo que tiene pertinencia destacar en referencia a atrocidades que se produjeron en España y en otros Estados, suscitando cuestiones difíciles y complejas de abordar con la técnica jurídica. En tanto expresan un acuerdo o consenso universal en la materia, los Principios y Directrices aprobados sin oposición por la Asamblea General deben contribuir a esclarecer y orientar el sentido de las normas internas españolas, disipando las dudas que se susciten, desplegando así iguales efectos interpretativos a los consentidos por el art. 10.2 de la Constitución.

Los Principios y Directrices señalados orientan y determinan la **responsabilidad internacional de los Estados** en casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del Derecho internacional. Para empezar, a la luz de la resolución de la Asamblea General, España está obligada a “respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en... a) Los tratados en los que un Estado sea parte; b) El derecho internacional consuetudinario; c) El derecho interno de cada Estado” (directriz 1). También le incumbe «investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas» (directriz 4). Además, en materia de prescripción, se dice que **«cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional»** (directriz 6). Se dice con toda claridad (directriz 3) que

«3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

...b) **Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial** y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

c) **Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia...**, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y

d) **Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación...**»

Las directrices 8 y 9 identifican la noción de víctima incorporando a quienes padecieron detención ilegal o arbitraria, ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias, desaparición forzada o involuntaria, persecución, humillaciones, procesos injustos, ilegales y sumarísimos, deportación, exilio, internamientos y trabajos forzados, estigmatización, confiscación de propiedades, bienes y otros efectos y otra serie de violaciones sumariamente descritas antes en la introducción de este Informe; pero también sus descendientes o familiares. Todas ellas son, en efecto **víctimas**:

«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, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario**. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” 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.

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»

Como víctimas, poseen los derechos que las directrices 10 y 11 refieren:

«10. Las víctimas deben **ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos**, 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**. El Estado debe **velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma**.

11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional:

- a) **Acceso igual y efectivo a la justicia;**
- b) **Reparación adecuada, efectiva y rápida** del daño sufrido;
- c) **Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación»**

En el ámbito del derecho a obtener una reparación,

15. (...) **los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario (...)**

18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, **se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional** a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una **reparación plena y efectiva**, según se indica en los principios 19 a 23, **en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición».**

Esas diferentes modalidades de reparación a las víctimas se describen con detalle en las directrices 20 a 23:

«20. La **indemnización** ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El **daño físico o mental;**
- b) La **pérdida de oportunidades**, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) Los **daños materiales y la pérdida de ingresos**, incluido el lucro cesante;
- d) Los **perjuicios morales;**
- e) Los gastos de **asistencia jurídica o de expertos**, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La **rehabilitación** ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La **satisfacción** ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La **verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad**, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La **búsqueda de las personas desaparecidas**, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, **y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales** de su familia y comunidad;
- d) Una **declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella**;
- e) Una **disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades**;
- f) La **aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables** de las violaciones;
- g) **Conmemoraciones y homenajes** a las víctimas;
- h) La inclusión de **una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza** de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

23. Las **garantías de no repetición** han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:

- a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
- b) La **garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad**;
- c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;
- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;
- e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;
- f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psi-

cológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan».

V. LA LEY 52/2007, DE 26 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE RECONOCEN Y AMPLÍAN DERECHOS Y SE ESTABLECEN MEDIDAS EN FAVOR DE QUIENES PADECIERON PERSECUCIÓN O VIOLENCIA DURANTE LA GUERRA CIVIL Y LA DICTADURA

Podría objetarse a las reivindicaciones de las víctimas que sus derechos ya han sido reconocidos por virtud de la *Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, de aprobación reciente por las Cortes Generales⁹, así como mediante otras medidas legislativas anteriores que no identificamos aquí.

Se trata sin embargo de medidas incompletas e insuficientes, que no colman por entero los derechos de las víctimas de la guerra civil y la dictadura en el ámbito de la reparación, *como esto se entiende en Derecho internacional*. Y ello a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 52/2007, con loables propósitos, exprese que «es deber del legislador, y cometido de la ley, reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar». O bien, que reconozca el «derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano».

Lo cierto es que las que —en genérica expresión— se consideran «peticiones legítimas y justas» (aunque no se inventarían) de quienes, «durante los decenios anteriores a la Constitución, sufrieron las consecuencias de la guerra civil y del régimen dictatorial que la sucedió», no reciben una reparación completa en el texto de la Ley. De ello fue consciente el mismo legislador, que en el articulado lo admite con verbo explícito:

«Artículo 4. Declaración de reparación y reconocimiento personal.

1. Se reconoce **el derecho a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal** a quienes durante la Guerra Civil y la Dictadura padecieron los efectos de las resoluciones a que se refieren los artículos anteriores.

Este derecho es **plenamente compatible** con los demás derechos y medidas reparatoras reconocidas en normas anteriores, así como **con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia**.

⁹ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

... 5. La Declaración a que se refiere esta Ley será compatible con **cualquier otra fórmula de reparación prevista en el ordenamiento jurídico** y no constituirá título para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado ni de cualquier Administración Pública, ni dará lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional»

La Ley contempló pues, entre otras medidas, el derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal que es sin embargo insuficiente a la vista de las legítimas reivindicaciones de los denunciantes, amparadas en normas internacionales. Deben pues las víctimas gozar del amparo efectivo que los Jueces y Tribunales pueden, fundados en Derecho, proporcionarles según se reconoce *legalmente*. Y ello con el fin de que, como víctimas, tengan efectivamente derecho a un recurso, a la tutela judicial efectiva, para obtener lo que legítima y legalmente les corresponde y demandan en esa condición de víctimas¹⁰.

Considerando esos mismos fines, **la AEDIDH estima insuficientes las previsiones que aparecen en los arts. 11 a 14 de la Ley 52/2007**. Estas disposiciones afectan en especial a las víctimas de las desapariciones forzadas y, contempladas desde el ángulo del derecho a un recurso efectivo, no bastan para sostener que el Estado ha evacuado ya sus obligaciones internacionales para materializar el derecho a un recurso efectivo. El Estado, que es el que asume la responsabilidad internacional al contraer compromisos internacionales, *debe y puede* hacer mucho más que “facilitar” «a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación», o que “elaborar” «planes de trabajo y... subvenciones para sufragar gastos» (art. 11). El Estado debe ir más allá de limitarse a adoptar medidas para la identificación y localización de las víctimas de las desapariciones y que se concretan en (a) “elaborar” «un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la colaboración institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones»; (b) “celebrar” «convenios de colaboración para subvencionar a las entidades sociales que participen en los trabajos»; (c) “confeccionar” «mapas en los que consten los terrenos en que se localicen los restos de las personas»; o (d) confiar a particulares titulares de las áreas incluidas en esos mapas su «especial preservación» (art. 12). No basta con que el Estado encomiende a las administraciones públicas competentes el despacho de autorizaciones administrativas para realizar actividades de localización e identificación. Tampoco basta que, como establece el art. 13 de la Ley, las Cortes Generales hayan deferido a esas mismas administraciones la definición del «procedimiento y las condiciones en que los descendientes directos de las víctimas... o las entidades que actúen en su nombre, puedan recuperar los restos enterrados en las fosas correspondientes, para su identificación y eventual traslado a otro lugar»: es el Estado mismo el que —*de oficio* o con la sola solicitud de las familias y las asociaciones— debe hacerlo, en lugar de transferir sus obligaciones a

¹⁰ Cfr. las preocupaciones expresadas en 2006 por Amnistía Internacional, suscitadas a raíz del entonces proyecto de ley, atendiendo especialmente al punto de vista de las víctimas. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Víctimas de la guerra civil y el franquismo: no hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de “Derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo”*, sección española de Amnistía Internacional, noviembre de 2006, 38 págs.

otras administraciones o entidades. Igualmente, no cabe admitir como suficientes las medidas contempladas en el art. 14 para el acceso y la ocupación temporal de terrenos en que se hallen los restos de las víctimas de las desapariciones, particularmente en lo que respecta a terrenos de titularidad privada, dadas las obligaciones que allí se imponen a los descendientes y organizaciones legitimadas. En efecto, deben éstos «solicitar el consentimiento de los titulares de derechos afectados sobre los terrenos en que se hallen los restos». Sin embargo, si no se obtiene el consentimiento, «las Administraciones públicas podrán autorizar la ocupación temporal, siempre tras audiencia de los titulares de derechos afectados, con consideración de sus alegaciones, y *fijando la correspondiente indemnización a cargo de los ocupantes*».

VI. LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL *VERSUS* RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Existen en el Derecho español distintas previsiones legales en materia de reparación que deben ser leídas de consuno con las normas internacionales en la materia. Aunque se aprecian notables coincidencias en la sustancia de unas y otras, deben extraerse de las normas internas todos sus efectos potenciales, sometiéndolas al principio de interpretación *conforme* a Derecho internacional.

Código Penal

«Artículo 109. **Obligación de reparar** daños y perjuicios causados

1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.
2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

Artículo 110. **Formas** de la responsabilidad civil

La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

- 1º La restitución.
- 2º La reparación del daño.
- 3º La indemnización de perjuicios materiales y morales.

Artículo 111. La **restitución**

1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.
2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irrevocable.

Artículo 112. La **reparación** del daño

La reparación del daño podrá consistir en **obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél**

y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

Artículo 113. La **indemnización** de perjuicios materiales y morales

La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino **también los que se hubieren irrogado a sus familiares** o a terceros.

Artículo 121. **Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración** por funcionamiento de servicios públicos

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, **responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados**, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria...»

Ley de Enjuiciamiento Criminal

«Artículo 100. Acción penal y acción civil

De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, **y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible»**

Código civil

«Artículo 1902. Responsabilidad extracontractual

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, **está obligado a reparar** el daño causado.

Artículo 1903. Responsabilidad por actos de personas dependientes

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, **no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.**

(...) La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»

Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común

«Artículo 139. Principios de la responsabilidad

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. (...)»

En Derecho internacional consuetudinario, el Estado autor de un hecho ilícito incurre en responsabilidad internacional, a condición que se determine el carácter ilícito (infracción) de una acción u omisión que pueda serle atribuida. Así, el *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y que figura como Anexo a la resolución 56/83, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001, no deja margen para la duda cuando *declara* la siguiente regla consuetudinaria:

«Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado **cuando** un comportamiento consistente en **una acción u omisión**: a) **Es atribuible al Estado según el derecho internacional**; y b) **Constituye una violación de una obligación internacional del Estado**».

Basta, pues, con que exista un ilícito (acción u omisión) atribuible al Estado, sin requerirse ningún ánimo o dolo especial para vulnerar la norma internacional en vigor para el Estado: **si una acción u omisión del Estado es contraria a una obligación “internacional”, incurre aquél en responsabilidad internacional, sin ninguna otra exigencia o requisito.**

Importa destacar que, también con carácter de regla consuetudinaria, el conjunto de artículos citado proclama la primacía del Derecho internacional al *calificar* la ilicitud de la acción u omisión del Estado y desplaza toda calificación de licitud que resulte de las normas internas del Estado:

«Artículo 3. Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno»

En cuanto al elemento “atribución” necesario para que un Estado incurra en responsabilidad internacional, los hechos relatados en la introducción de este Informe exigen considerar que, en Derecho internacional consuetudinario,

«Artículo 4. Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará **hecho del Estado** según el derecho internacional el **comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole**, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado»

Pero advirtiendo, por su pertinencia con las denuncias aquí analizadas, que en Derecho internacional los hechos ilícitos cometidos por los movimientos insurrectos pueden a veces catalizar la responsabilidad del Estado:

«Artículo 10. Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado (...) »

De modo que todas las violaciones de derechos y libertades, todos los crímenes y las atrocidades, todas las acciones (pero también omisiones) que alimentaron la barbarie y que fueron cometidos, ordenados, planificados o instigados **desde 1936** por el movimiento de sublevación militar anti-constitucional, más tarde convertido en nuevo gobierno *de facto* de España, pasaron a convertirse en hechos ilícitos del Estado español en virtud del principio de continuidad de la personalidad del Estado y el de continuidad entre el movimiento insurrecto y el nuevo gobierno violentamente instaurado.

Se trata de una **regla de atribución de responsabilidad al Estado aceptada de larga data en Derecho internacional y dotada de indiscutible carácter consuetudinario**. Su aceptación se remonta, al menos, a principios del siglo XX. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas confirma esta afirmación citando algunos precedentes. Así, una decisión arbitral internacional en el caso *Bolivar Railway Company* (1903) afirmó el principio según el cual «el Estado es responsable de las obligaciones de una revolución victoriosa y ello desde sus orígenes porque en teoría representa ab initio un cambio de la voluntad nacional cristalizado por un resultado favorable final». En el caso denominado *French Company of Venezuela Railroads*, la decisión arbitral (1928) de una Comisión mixta franco-venezolana negó la posibilidad de atribuir a un Estado ciertas actuaciones revolucionarias «*a menos que* la revolución haya salido victoriosa», puesto que en tales casos resulta comprometida la responsabilidad del Estado «según reglas reconocidas del derecho público». También en 1928, en el caso *Pinson*, una Comisión de reclamaciones franco-mexicana entendió que

«si los daños se originaron, por ejemplo, en requisiciones o contribuciones forzadas reclamadas por los revolucionarios antes de su triunfo final, o si fueron causados [...] por delitos cometidos por las fuerzas revolucionarias victoriosas, no podría negarse la responsabilidad del Estado».

La Comisión de Derecho Internacional ilustra el mismo principio de continuidad y de sucesión refiriéndose a la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Namibia (1992), que acepta la responsabilidad de Namibia «*por todo aquello que fue hecho por la administración sudafricana precedente*»¹¹.

Tales hechos, por oponerse a normas y principios elementales de humanidad entonces y ahora vigentes, generaron y generan —a juicio de la AEDIDH— una especialísima o singular responsabilidad internacional española (hasta ahora insatisfecha), cuyo alcance y efectos reparadores habrían de determinar primeramente los Jueces y Magistrados españoles, en su calidad de «integrantes del poder judicial, independientes..., responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 de la Constitución española). Ley de la que también forman parte las normas del Derecho internacional. Como quiso deliberadamente el legislador constitucional.

¹¹ Los precedentes citados proceden del documento de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas titulado *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs* (2001), Naciones Unidas, 2005, pp. 122-124.

En tal sentido, la responsabilidad internacional se desencadena o sobreviene, no sólo cuando se incumple un tratado, sino incluso cuando se violan reglas internacionales de otra naturaleza:

«Artículo 12. Existencia de violación de una obligación internacional.

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, **sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación»**

Las reglas consuetudinarias, los principios generales del Derecho internacional, los tratados y cualquier otra fuente eventual de obligaciones internacionales son susceptibles, caso de ser infringidas por el Estado obligado, de desencadenar su responsabilidad internacional, con independencia de las normas y disposiciones del Derecho interno del Estado. En consecuencia, **ni antes ni ahora pueden las normas del Derecho español dar cobertura o ropaje de legalidad a hechos que son internacionalmente ilícitos.**

VII. CRÍMENES Y HECHOS ILÍCITOS INTERNACIONALES CON CARÁCTER Y EFECTOS CONTINUOS EN EL TIEMPO. LA LEY 46/1977, DE 15 DE OCTUBRE, DE AMNISTÍA

En el proyecto de artículos se contempla la hipótesis de hechos ilícitos internacionales que tienen carácter continuo en el tiempo (violaciones de tracto continuado o efectos latentes en el tiempo) diciendo sobre ello que:

«Artículo 14. Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

(...) 2. **La violación** de una obligación internacional **mediante un hecho** del Estado **que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.** (...)»

Los casos de desapariciones forzadas o involuntarias de personas (pero no sólo estos), aunque presumiblemente vinculados a ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias, ilustran bien la hipótesis en cuestión: una violación que produce efectos gravísimos y sostenidos en el tiempo para el desaparecido y para sus familiares, al punto de ser catalogada por la Asamblea General, partiendo entre otras de las obligaciones de los Estados basadas en la Carta de San Francisco (1945), como crimen contra la humanidad en los casos de perpetración sistemática, como aconteció en nuestro país desde 1936:

«... **las desapariciones forzadas** afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y... **su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad**» (*Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*)¹²

¹² Párr. introductorio cuarto de la Res. 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992.

Además, según el art. 1 de esta Declaración de 1922

«1. Todo acto de desaparición forzada constituye un **ultraje a la dignidad humana**. Es 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 Derechos Humanos** y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes. 2. Todo acto de desaparición forzada **sustraer a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia**. Constituye una **violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano**, entre otras cosas, el derecho **al reconocimiento de su personalidad jurídica**, el derecho **a la libertad y a la seguridad** de su persona y el derecho **a no ser sometido a torturas** ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, **el derecho a la vida**, o lo pone gravemente en peligro».

y a todo Estado incumben las obligaciones negativas pero también positivas siguientes:

«Artículo 2

1. Ningún Estado cometerá, autorizará ni tolerará las desapariciones forzadas.
2. **Los Estados actuarán a nivel nacional**, regional y en cooperación con las Naciones Unidas **para contribuir por todos los medios a prevenir y a eliminar las desapariciones forzadas»**

Artículo 3

Los Estados **tomarán medidas** legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas **eficaces para prevenir o erradicar los actos de desapariciones forzadas** en cualquier territorio sometido a su jurisdicción»

La AEDIDH destaca deliberadamente esta **Declaración**, que fue **adoptada por consenso** (sin votación) y de completa pertinencia para los casos que han sido denunciados ante la Audiencia Nacional, particularmente en el aspecto relativo a su investigación y al carácter permanente o continuado del crimen, del modo en que se constata en los arts. 13 y 17 de la Declaración:

«Artículo 13

1. **Los Estados asegurarán** a toda persona que disponga de la información o tenga un interés legítimo y sostenga que una persona ha sido objeto de desaparición forzada **el derecho a denunciar** los hechos **ante una autoridad estatal competente e independiente, la cual procederá de inmediato a hacer una investigación exhaustiva e imparcial**. Toda vez que existan motivos para creer que una persona ha sido objeto de desaparición forzada, el Estado remitirá sin demora el asunto a dicha autoridad para que inicie una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal. **Esa investigación no podrá ser limitada u obstaculizada de manera alguna**.

(...) 4. **Los resultados de la investigación se comunicarán a todas las personas interesadas**, a su solicitud, a menos que con ello se obstaculice la instrucción de una causa penal en curso.

(...) 6. **Deberá poderse hacer una investigación**, con arreglo a las modalidades descritas en los párrafos que anteceden, **mientras no se haya aclarado la suerte de la víctima** de una desaparición forzada»

Artículo 17

1. Todo acto de desaparición forzada será considerado **delito permanente mientras** sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y **mientras no se hayan esclarecido los hechos**»

La Declaración contempla igualmente el derecho a reparación de las víctimas y sus familiares:

«Artículo 19

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

Asimismo, en materia de prescripción, se previene en los apdos. 2 y 3 del art. 17 anteriormente transcrito que:

Artículo 17

(...) 2. **Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la prescripción** relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos.

3. **De haber prescripción**, la relativa a actos de desaparición forzada **ha de ser de plazo largo y proporcionado a la extrema gravedad** del delito.

Muchos de esos contenidos, consensuados por la Asamblea General en la resolución que aprueba la Declaración de 1992, han sido acogidos y definidos más precisamente por la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 2006 (res. 61/177). Aunque España no es aún Estado Parte, la firmó el pasado 27 de septiembre de 2007. Si bien no está obligada a darle aplicación, pues aún no la ha ratificado, el Derecho internacional exige que España respete el principio de la buena fe y deba

«abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado» (art. 18 de la

Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980).

Ello requiere, en opinión de la AEDIDH, abstenerse de todo acto que frustre entre otras, la realización del art. 5 leído junto con el art. 8 y que aboca a la imprescriptibilidad de aquellas desapariciones forzadas que, por generalizadas o sistemáticas, constituyan un crimen contra la humanidad:

«Artículo 5. **La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.**

Artículo 8. **Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5,**

1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal:

- a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito;
- b) **Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.**

2. El Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción».

Es objeto y fin de la Convención «prevenir las desapariciones forzadas y... luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada» (preámbulo de la Convención), protegiendo a todas las personas de las desapariciones que sean «obra de agentes del Estado o... personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado» (art. 2).

Si España tolerase la exención de toda responsabilidad (individual y estatal), por aplicación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre de Amnistía¹³ derivada de los crímenes contra la humanidad fruto de la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada durante la guerra civil y la dictadura, estaría poniendo en peligro el objeto y fin del tratado, lo que el Derecho internacional prohíbe claramente.

A la aplicación de medidas de amnistía a las desapariciones forzadas y, en general, a los crímenes contra la humanidad se opone implícitamente la misma Ley 46/1977, en su art. Primero, ya que lo que se amnistía en el apdo. 1.a) son

«... todos los *actos de intencionalidad política*... realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis» (art. Primero, I. a)

¹³ BOE núm. 248, de 17 de octubre de 1977.

pues no cabe considerar la realización de crímenes contra la humanidad como delitos políticos o de intencionalidad política. A mayor abundamiento, el art. Primero I. c) da amnistía a “todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad... *siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas*”.

Pero, cualquiera que sea la interpretación, la Ley de 1977 resulta contraria a Derecho internacional porque vulnera los derechos humanos contemplados en Tratados y Declaraciones ya citados y promueve la impunidad de los responsables de crímenes contra la humanidad¹⁴.

Ilustra bien la voluntad de un Estado de Derecho de oponerse a medidas de fomento de la impunidad opuestas a Derecho internacional la Sentencia adoptada el 25 de abril de 2007 por la Cámara en lo Criminal Federal de Argentina, en la causa n° 13/84 (*Incidente de inconstitucionalidad de los indultos dictados por el decreto 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional*):

« (...) la cuestión a resolver... se ciñe a determinar la validez de indultos que afectaron a personas condenadas... y se centra el análisis en la posibilidad que detentaría el Poder Ejecutivo Nacional para dictar indultos respecto de hechos de las características de los investigados...

1. Así, en primer lugar, se evaluará si el dictado del decreto n° 2741/90 del P.E.N. impidió cumplir con obligaciones internacionales anteriormente asumidas (...).

Esta Cámara ha dicho en reiterados pronunciamientos que **los delitos cometidos por los agentes estatales en el contexto del sistema clandestino de represión implementado por la dictadura militar que usurpó el poder en el período 1976-1983, a la luz del derecho de gentes, deben ser considerados como crímenes contra la humanidad (...)**

Así, y de acuerdo a los compromisos contraídos por nuestro país frente a la comunidad internacional, corresponde determinar si surge la obligación de perseguirlos y sancionarlos.

Para ello, debe ponderarse que **a la época del dictado del decreto aquí analizado, existían normas de rango supra legal que permitirían cuestionar su validez**, pero luego de la reforma constitucional de 1994, se torna imperiosa la necesidad de debatir si los crímenes contra la humanidad, pueden ser perdonados por parte de algunos de los poderes del estado a través de actos propios (...)

¹⁴ Téngase en cuenta lo previsto en el art. 15.2 del PIDCP y 7.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950). Además, el art. VII de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de Genocidio (1948), no permite (aunque solo fuera a los solos efectos de extradición) considerar como delito político este grave crimen contra la humanidad: «A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos»

Conforme a lo expuesto entonces, puede afirmarse que **las obligaciones internacionales derivadas de los tratados deben prevalecer** frente a cualquier norma de derecho interno.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos (...) impone a los Estados la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Tratado.

Tales prescripciones sobre los deberes de “respeto” y “garantía”, por una parte, y la existencia de “remedios efectivos” como medios para asegurarlos, por otra, se han reconocido como el fundamento de la obligación de la persecución de las violaciones a los derechos humanos (...)

Sobre la obligación de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos protegidos por la Convención, se ha afirmado: “La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el **deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos**. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. **La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos**” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 19 de julio de 1988, Serie C, nº 4, párrafos 166 y 167).

(...)Por otra parte, **en cuanto al deber de sancionar toda violación a los derechos humanos**, la Corte sostuvo: “Esta Corte considera que **son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho Internacional de los Derechos Humanos**” (caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2002).

De acuerdo con todo lo expuesto hasta aquí, la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al Estado argentino el deber de investigar y penalizar las violaciones a los derechos humanos. (...)

A iguales conclusiones puede arribarse si se avalúan las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (... aprobado por el Congreso de la Nación el 17 de abril de 1986 mediante la ley 23.313, que entró en vigor para nuestro país el 8 de noviembre de 1986), pues las obligaciones que de allí se derivan para los Estados Parte, son análogas a las ya analizadas (Conf. Artículo 2 del citado Pacto).

Al respecto **el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señaló:** “... se deriva del artículo 7º, leído juntamente con el artículo 2º del Pacto, **que los Estados deben asegurar una protección efectiva** a través de algún mecanismo de control. Las quejas por mal trato deben ser investigadas efectivamente por las autoridades competentes. Quienes sean culpables deben ser considerados responsables y las víctimas deben tener a su disposición los recursos efectivos, incluyendo el derecho a obtener una compensación” (...).

Por otra parte, dicho Comité manifestó: **“El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de Obediencia Debida y la ley de Punto Final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto”**(...).

Entre sus “Principales Temas de Preocupación” el Comité incluyó: “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 período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto. **El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente**, incluyendo niños. *El Comité expresa su preocupación de que el indulto como así también las amnistías generales puedan promover una atmósfera de impunidad por parte de los perpetradores de violaciones de derechos humanos provenientes de las fuerzas de seguridad*. El Comité expresa su posición de que el respeto de los derechos humanos podría verse debilitado por la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos”.

Sentado lo anterior, a juicio del Tribunal, **aparece clara la contradicción del decreto 2741/90 con las normas internacionales invocadas** y la precisión que respecto de sus alcances efectuaron los organismos mencionados (...).

Nótese que en este caso el (...) decreto (...) impidió que Videla y Massera cumplieran con las sanciones penales que le habían sido impuestas como responsables de crímenes contra la humanidad. (...)

Ante tal circunstancia, (...) cuando ya se ha despejado toda duda en torno al carácter de graves violaciones a los derechos humanos que detentan los delitos por los que se responsabilizó a Videla y a Massera, **la medida aquí cuestionada estaría generando la “atmósfera de impunidad” expresada con preocupación por los organismos internacionales.**

Desconocer la validez del indulto en cuestión, a su vez, **evitaría una eventual responsabilidad internacional del Estado Argentino.**

Sólo resta efectuar una última aclaración. El hecho de **que los tratados internacionales analizados (...) hayan entrado en vigor con posterioridad a la comisión de los hechos que se investigan en autos en nada obsta su aplicación a la cuestión en estudio** -tal como pretende la defensa de Videla-.

En este punto nos hemos encargado de demostrar que **los deberes de garantía que imponen los tratados enumerados comprenden la obligación de investigar toda posible lesión de bienes protegidos por tales tratados, individualizar a los individuos responsables de tales lesiones, someterlos a juicio y, eventualmente, sancionarlos.** Si bien puede pensarse válidamente que estas obligaciones son todavía preexistentes a estas disposiciones internacionales, lo cierto es que **nuestro país contrajo estos deberes de garantía inexorablemente con la entrada en vigor de las Convenciones señaladas.**

En consecuencia, prescindiendo de la fecha de comisión de los crímenes contra la humanidad que se investigaron (...) *los indultos fueron dictados con innegable posterioridad al momento en que el Estado argentino se obligó a no perdonar crímenes de esta naturaleza»*¹⁵

Sea como fuere, incluso si contra el Derecho internacional se hiciera prevalecer la exención de la responsabilidad penal individual, la AEDIDH manifiesta en coherencia con lo expresado antes, que **la Ley 46/1977 no ha de servir para eximir de su propia responsabilidad al Estado por los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura.** De manera que aunque el Estado investigara los crímenes de lesa humanidad y enjuiciara y sancionara a sus responsables individuales, subsiste o sobrevive su propia responsabilidad en el plano del Derecho internacional, que el Estado mismo debe asumir haciendo posible el derecho de todas las Víctimas a un recurso efectivo y, por tanto, a una reparación plena y adecuada. En este sentido, como señala la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

«104. La RDA, si hubiera seguido existiendo, sería responsable de las acciones en cuestión desde el punto de vista del Derecho internacional. Queda por

¹⁵ Apdo IV, sub c) (Regularidad constitucional del decreto de indulto 2741/90) de la Sentencia adoptada el 25 de abril de 2007 por la Cámara en lo Criminal Federal de Argentina, en la causa n° 13/84 (Incidente de inconstitucionalidad de los indultos dictados por el decreto 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional).

establecer que **junto a esta responsabilidad del Estado, existía, en esa época, una responsabilidad individual** de los demandantes en el plano penal. Incluso suponiendo que tal responsabilidad no pudiera inferirse de los instrumentos internacionales anteriormente citados relativos a la protección de los derechos humanos, puede deducirse de esos instrumentos cuando se examinan en combinación con el artículo 95 del Código Penal de la RDA. Esta disposición preveía, en efecto, de manera explícita y desde 1968, una responsabilidad penal individual para los que infringieran las obligaciones internacionales de la RDA, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

105. A la vista de todos estos elementos, el Tribunal considera que **en el momento en que fueron cometidas, las acciones de los demandantes constituían igualmente delitos definidos con la suficiente accesibilidad y previsibilidad por las normas del Derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos.**

106. Además, **el comportamiento de los demandantes podría ser considerado, siempre en el marco del artículo 7.1 del Convenio, desde el punto de vista de otras normas de Derecho internacional, principalmente las relativas a los crímenes contra la humanidad.** La conclusión a la que ha llegado el Tribunal (apartado 105 supra) hace superfluo tal examen»¹⁶.

En igual dirección apunta la cláusula de salvaguardia del *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, al prever que esos artículos «se entenderán *sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual*, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado» (art. 58). Como bien entendió la Comisión de Derecho Internacional:

«En el caso de crímenes de Derecho internacional cometidos por agentes del Estado, con frecuencia ocurrirá que el Estado mismo incurra en responsabilidad por haber cometido los hechos en causa o por no haberlos impedido o reprimido... Pero incluso en estos casos, la cuestión de la responsabilidad individual debe en principio distinguirse de la responsabilidad de los Estados. El Estado no queda exonerado de su propia responsabilidad por el comportamiento internacionalmente ilícito por el hecho de perseguir y castigar a los agentes públicos que los cometieron»¹⁷.

¹⁶ Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*), de 22 de marzo de 2001.

¹⁷ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional: *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs* (2001), Naciones Unidas, 2005, pp. 391-392.

VIII. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD E IMPRESCRIPTIBILIDAD. EL DOBLE PLANO: LA INVESTIGACIÓN/ENJUICIAMIENTO DE LOS CRÍMENES Y LA DETERMINACIÓN DEL CASTIGO

Mucho antes de la guerra civil, el 29 de julio de 1899, España firmó el **IV Convenio de La Haya, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre**. El 4 de septiembre de 1900, nuestro país depositó en La Haya el instrumento de ratificación del tratado, cumpliendo con lo estipulado en el artículo tercero¹⁸. El Convenio lleva anejo el *Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, conviniendo las Altas Partes contratantes que «darán a sus fuerzas armadas de tierra instrucciones de acuerdo con el Reglamento... anejo» (art. 1.º).

El *Preámbulo* del Convenio tiene tan largo alcance jurídico, desbordando el de una pura exposición de motivos, que nos permitimos reproducirlo casi por completo por dos razones. La primera y más importante, porque en él las Partes reconocen el **carácter vinculante de reglas consuetudinarias internacionales aplicables incluso en situaciones distintas** a las expresamente reseñadas en el artículo 2.º del Convenio, que no es sino una guerra entre dos o más Estados Partes¹⁹. Segundo, porque en el Derecho de los Tratados Internacionales *codificado* en 1969 en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se *declara* una regla consuetudinaria (costumbre internacional) por virtud de la cual «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Para precisar el sentido de esta regla básica de interpretación, la propia Convención de 1969 dispone que **«para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos»** otros acuerdos e instrumentos²⁰.

Teniendo presentes ambas cosas, **en el Preámbulo del IV Convenio las Altas Partes contratantes** no sólo expresaron las consideraciones que les animaba a concluir el tratado sino que además y sobre todo **reconocieron de modo expreso la vigencia de normas consuetudinarias** de Derecho internacional **aplicables en situaciones distintas** a las identificadas en el art. 2º:

¹⁸ *Gaceta de Madrid*, núm. 326, 22 de noviembre de 1900, págs. 645 a 648. Art. 3.º: «El presente Convenio será ratificado en el plazo más breve posible. Las ratificaciones serán depositadas en El (sic) Haya. Del depósito de cada ratificación se levantará acta, de la cual se enviará, por la vía diplomática, copia certificada a todas las Potencias contratantes». En la pág. 648 del indicado número de la *Gaceta de Madrid* se da cuenta de lo siguiente: «Según una nota dirigida con fecha 13 de septiembre de 1900 por el Excmo. Sr. Ministro Plenipotenciario de los Países Bajos en Madrid al Excmo. Sr. Ministro de Estado, **las ratificaciones... depositadas el 4 del mismo mes** en El (sic) Haya **fueron las siguientes**: (...) 3.º Convenio concerniente á (sic) las leyes y usos de la guerra terrestre : las de Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, **España**, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, Persia, Portugal, Rumanía, Rusia, Siam y Bulgaria (...)»

¹⁹ El art. 2.º: «Las disposiciones contenidas en el Reglamento... sólo serán obligatorias para las Potencias contratantes en caso de guerra entre dos o más de ellas

²⁰ Cfr. art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969. *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980, pág. 13102.

«Considerando que, al mismo tiempo que se buscan los medios de garantizar la paz y prevenir los conflictos armados entre las Naciones, importa preocuparse asimismo del caso en que la apelación a las armas fuese traída por acontecimientos que Su solicitud no hubiese podido evitar.

Animados por el **deseo de servir, *aun* en esa hipótesis extrema, los intereses de la humanidad y las siempre crecientes exigencias de la civilización;**

Estimando que **importa *revisar***²¹, a dicho fin, **las leyes y costumbres generales de la guerra**, bien sea para definir las con mayor precisión, con objeto de restringir en lo posible sus rigores;

Inspirándose en esos fines, como hace veinticinco años, en la Conferencia de Bruselas de 1874, por una generosa y sabia previsión,

Han adoptado en ese espíritu gran número de disposiciones que tienen por objeto definir y regular los usos de la guerra terrestre,

Según el criterio de las Altas Partes contratantes, **estas disposiciones, cuya redacción ha sido inspirada por el deseo de disminuir los males de la guerra**, en cuanto las necesidades militares lo consientan, **están destinadas a servir de regla general de conducta a los beligerantes en las relaciones entre sí y con los pueblos.**

Ha sido imposible, sin embargo, concertar desde ahora estipulaciones que se extiendan a todas las circunstancias que se presentan en la práctica.

Por otra parte, **no podía entrar en las intenciones de las Altas Partes contratantes que los casos no previstos fueran, a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirijan los Ejércitos.**

En espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, **las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre Naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.**

²¹ Nota de la AEDIDH: “revisar” significa algo muy distinto a definir o constituir *ex novo* una regla jurídica. Ese verbo revisar que el Preámbulo emplea no puede más que expresar la intención de re-examinar *normas ya existentes en Derecho internacional* como costumbre, con el fin *confesado* de definir con mayor precisión las leyes y costumbres de la guerra.

La previsión, conocida como *cláusula Martens*, es principio central del *corpus iuris* denominado *Derecho internacional humanitario*. La AEDIDH desea destacar que los Estados reconocieron entonces que **(a)** las normas consuetudinarias (costumbre internacional) que ellos revisan por medio del Reglamento anejo están destinadas a servir de regla general de conducta a los beligerantes *también* en las relaciones con los pueblos; **(b)** que no era su intención abandonar los casos no previstos a la apreciación arbitraria de quienes dirigen los Ejércitos; y **(c)** que, en los casos no comprendidos en el citado Reglamento, pueblos y beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio del derecho de gentes dimanantes de los usos establecidos entre Naciones civilizadas, las leyes de humanidad y exigencias de la conciencia pública.

¿Cuál es el contenido de esas reglas del Derecho de gentes (normas, usos, leyes, principios y exigencias de humanidad) aplicables incluso a las situaciones no comprendidas en el ámbito de aplicación del IV Convenio? La AEDIDH opina que **los bienes jurídicos protegidos por tales reglas no son realmente ajenos a los protegidos por las normas de naturaleza imperativa del Derecho internacional de los derechos humanos**, aun admitiendo que son distintos los supuestos a los que unas y otras se aplican.

Con independencia de ello, el *rastreo* o la prueba del contenido de esas normas no escritas (costumbre internacional), se encuentra en diversas disposiciones del Reglamento anejo. Es el caso del ánimo protector por razón de humanidad que se detecta fácilmente cuando el Reglamento anejo se ocupa de los prisioneros de guerra y ordena que “deben ser tratados con humanidad”; “todo lo que les pertenezca personalmente... queda de su propiedad”; podrán ser empleados en trabajos “según... sus aptitudes”, pero “dichos trabajos no serán excesivos” y “serán pagados...”; “los haberes de los prisioneros contribuirán a aliviar su situación”; el Gobierno en cuyo poder se encuentren “estará encargado de su sostenimiento”; para sus testamentos, comprobación de fallecimiento y entierros tendrán lugar “en las mismas condiciones que... los militares del Ejército nacional” (arts. 4, 6 y 19 del Reglamento anejo al IV Convenio de La Haya).

La raíz de los principios de humanidad resulta también de distintas reglas que prohíben o no reconocen a los beligerantes “un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios para dañar al enemigo”; “emplear veneno o armas envenenadas”; “matar o herir a traición”; “matar o herir a un enemigo que... se ha rendido”; “declarar que no se dará cuartel”; “emplear armas, proyectiles o materias destinadas a causas males superfluos”; proceder a la destrucción o apoderamiento de propiedades enemigas excepto que acciones “imperiosamente reclamadas por las necesidades de la guerra”; “atacar o bombardear ciudades, pueblos, casas o edificios que no están defendidos”, “entregarse al pillaje” (arts. 22, 23, 25 y 28 del Reglamento anejo al IV Convenio de La Haya).

En caso de ocupación de territorios, el ocupante “tomará todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar en cuanto sea posible el orden y la vida públicos, respetando, salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país”; respetará “**el honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada...**” y “la propiedad privada no podrá ser confiscada”; no podrá dictar “ninguna pena colectiva, pecuniaria o de otra clase contra los pueblos por razón de hechos individuales

de los cuales no puedan aquéllos ser considerados como responsables solidarios”. Finalmente, los Estados neutrales que acojan en su territorio a tropas de los beligerantes les proporcionarán “víveres, vestidos y socorros exigidos por la humanidad” (arts. 43, 46, 50 y 58 del Reglamento anejo al IV Convenio de La Haya).

La AEDIDH también deja simplemente señaladas las tres Declaraciones que completan el repetido Reglamento anejo (ratificadas también por España²²) en la medida que contribuyen a indagar el contenido y alcance de las reglas y principios elementales de humanidad de carácter consuetudinario. A estos mismos efectos, remitimos al posterior **Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, de 27 de julio de 1929**, para el cual España depositó el correspondiente instrumento de ratificación en Berna, el 6 de agosto de 1939²³.

Por otro lado, el **art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949**, ratificados todos por España el 4 de agosto de 1952²⁴ es expresión de la cláusula Martens. Proclama la obligación de los Estados Partes de aplicar un **estándar humanitario mínimo** a las personas que no participen directamente en las hostilidades propias de un conflicto armado *no* internacional, a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y a las personas puestas fuera de combate. Todas ellas

Art. 3. «... 1. (...) serán, **en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable** basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, **se prohíben, en cualquier tiempo y lugar**, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los **atentados contra la vida y la integridad corporal**, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los **atentados contra la dignidad personal**, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las **condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.** (...)»

Además, la denuncia de cualquiera de los cuatro Convenios de Ginebra

²² Declaraciones referentes al (1) empleo de proyectiles explosivos; (2) el lanzamiento de proyectiles y explosivos desde lo alto de globos y por otros medios análogos nuevos y (3) el empleo de proyectiles que tienen por único fin desarrollar gases asfixiantes o deletéreos.

²³ *Gaceta de Madrid*, núm. 284, del 11 de octubre de 1930, págs. 251-260.

²⁴ *BOE*, núm. 236 (de 23 de agosto de 1952), núm. 239 (de 26 de agosto de 1952), núm. 246 (de 2 de septiembre de 1952) y núm. 249 (de 5 de septiembre de 1952).

Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura

“no surtirá efecto alguno sobre las **obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública**” (arts. 62, de los Convenios I y II y arts. 142 y 158 de los Convenios III y IV)

En el Estatuto del Tribunal militar internacional de Nuremberg (constituido en virtud del Acuerdo firmado por los aliados en Londres el 8 de agosto de 1945) **la comunidad internacional dio forma jurídica y nombre** (*crímenes contra la humanidad*) a las gravísimas atrocidades cometidas por los dirigentes alemanes y los miembros del partido nazi en la Europa ocupada, infringiendo gravemente principios y consideraciones elementales de humanidad enraizados sin duda en la conciencia jurídica de las naciones. Para las cometidas en España, antes de la segunda guerra mundial y durante la dictadura, no puede por tanto afirmarse que fueron simples *delitos comunes*, ni negarse que eran graves crímenes internacionales.

En efecto, el art. 6 del Estatuto citado definió los crímenes cuyo enjuiciamiento y castigo correspondía a ese Tribunal internacional, entre los cuales figuraron los crímenes de lesa humanidad, considerados de forma general como **actos inhumanos cometidos contra población civil antes incluso de la guerra** desatada en 1939:

«**Los actos siguientes, o cualquiera de ellos, son crímenes que caen bajo la competencia del Tribunal y para los cuales habrá responsabilidad individual: ... (c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: a saber, el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra; o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen que sea competencia del Tribunal, constituyan o no una violación del derecho interno del país donde se perpetraron**»²⁵.

No discutimos que la definición consideraba prohibidos en la época los crímenes de lesa humanidad en la medida en que estuvieran cometidos “en ejecución de o en conexión con cualquier crimen que sea competencia del Tribunal”. Por lo tanto, teniendo el Tribunal Militar también competencia para determinar la responsabilidad por crímenes contra la paz y crímenes de guerra y representando estos últimos una violación de las leyes y usos de la guerra, los crímenes de lesa humanidad vulnerarían también el Derecho internacional consuetudinario en la medida en que se acreditara su vinculación o conexión con cualquiera de esos otros crímenes²⁶. **En España, puede sostenerse que**

²⁵ Traducido del inglés: «The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: ... (c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and **other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war**; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated».

²⁶ En su sentencia, el Tribunal Militar Internacional así lo advierte: «With regard to crimes against hu-

los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el inicio de la guerra civil y después (cesada la guerra) fueron ejecutados o estaban conectados con un conflicto armado donde se produjeron también violaciones de las leyes y usos de la guerra. Por tanto, durante y después de la guerra, estuvieron vinculados a violaciones de las leyes y usos de la guerra (crímenes de guerra) codificados por tratados obligatorios para España con anterioridad al conflicto armado.

Poco tiempo después, finalizada ya la guerra, la Asamblea General de las Naciones Unidas *confirmó* «los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal», constatando también que principios similares habían sido adoptados en el Estatuto del Tribunal militar internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente promulgados en Tokio el 19 de enero de 1946²⁷.

No tiene tanta relevancia o trascendencia que España no sea, todavía en el momento presente, Estado Parte en la posterior *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* (1968): no es osado decir, y la AEDIDH así lo entiende, que pertenece al **Derecho internacional consuetudinario imperativo** (*ius cogens*) tanto la definición de crímenes contra la humanidad que la misma acoge (por remisión al primero de los Estatutos antes indicados y a la resolución de 1946) como el carácter imprescriptible de los mismos:

«Artículo I. Los crímenes siguientes **son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:** (...) b) **Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg**, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio **an si**

manity, there is no doubt whatever that political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty. The policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organized and systematic. The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. The persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt. To constitute crimes against humanity, the acts relied on before the outbreak of war must have been in execution of, or in connection with, any crime within the jurisdiction of the Tribunal. The Tribunal is of the opinion that revolting and horrible as many of these crimes were, it has not been satisfactorily proved that they were done in execution of, or in connection with, any such crime. The Tribunal therefore cannot make a general declaration that the acts before 1939 were crimes against humanity within the meaning of the Charter, but from the beginning of the war in 1939 war crimes were committed on a vast scale, which were also crimes against humanity; and insofar as the inhumane acts charged in the Indictment, and committed after the beginning of the war, did not constitute war crimes, they were all committed in execution of, or in connection with, the aggressive war, and therefore constituted crimes against humanity».

²⁷ Resolución 95(I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946.

Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura

esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos»

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su decisión de inadmisibilidad relativa al *caso Kolk y Kislyiy v. Estonia*, confirmó la validez universal de los principios sentados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, diciendo para ello que:

«Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que **la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada** por, *inter alia*, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, **la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial**. En este contexto, el Tribunal desea enfatizar que el artículo I b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido e independientemente de si han sido cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz...»²⁸

En tanto que Derecho internacional de rango imperativo y plasmación de exigencias elementales de humanidad, ha de defenderse no sólo la primacía de esos principios frente al Derecho interno, sino también su condición de reglas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario (art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

El 3 de diciembre de 1973, la Asamblea General aprobó una resolución que contiene los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*²⁹. En ella se declara que

«1. **Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación**, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. (...) 3. **Los Estados cooperarán... para re-**

²⁸ Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Kolk y Kislyiy c. Estonia*) adoptada por la sección cuarta, el 17 de enero de 2006 (fundamentos de Derecho). Traducción al español realizada por el equipo Nizkor y accesible en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

²⁹ Resolución 3074 (XXVIII)..

primir y prevenir los crímenes de guerra y **los crímenes de lesa humanidad** y **tomarán todas las medidas internas** e internacionales **necesarias** a ese fin. (...) 5. **Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas** y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, **por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes.** (...) 8. **Los Estados no adoptarán** disposiciones legislativas ni tomarán **medidas** de otra índole **que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables** de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. (...)»

Puede que, en opinión de algunos, la estricta aplicación del principio de irretroactividad de las normas penales convierta en antijurídica la pretensión de castigar o sancionar penalmente crímenes y actuaciones u omisiones ilícitas no catalogados como tales por las normas penales internas (Código penal español de 1932). Sin embargo, esa garantía básica y derecho humano fundamental, inscritos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 admite *expresamente* la condena por la realización de acciones u omisiones *internacionalmente* ilícitas al tiempo de su comisión:

«Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por **actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.** Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

El tratado internacional que posteriormente desarrolló los derechos humanos y libertades enunciados en la DUDH (el PIDCP, 1966) reiteró lo previsto en la Declaración Universal, *pero* arrojando más luz sobre su contenido, particularmente su segundo párrafo, que quisiéramos destacar:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo 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»

Nada, ni siquiera las normas internas, **puede obstaculizar el enjuiciamiento y la condena**, al cabo de un proceso con todas las garantías internacionales, **de quienes** —bien por acción, bien por omisión— **realizaran conductas que, en el momento de comi-**

sión, fueran delictivas o criminales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

La AEDIDH está convencida, **no sólo moralmente sino también y, desde luego, en Derecho**, de que **los Jueces y Tribunales españoles tienen competencia para investigar y, si hubiera lugar, sancionar las acciones y las omisiones internacionalmente ilícitas, constitutivas de desapariciones forzadas y otros crímenes de lesa humanidad**, cometidas por cualquier persona durante la guerra civil y la dictadura, incardinadas o formando parte de un plan deliberadamente concebido o diseñado para matar, aniquilar, destruir, desaparecer de forma generalizada o sistemática... desde el golpe en adelante, a todo aquel que se opusiera al nuevo gobierno *de facto* en nuestro país, **sin que ello represente la vulneración de principios o garantías elementales del acusado**. Si lo hicieran respetando las garantías al debido proceso de los inculpados eventualmente sobrevivientes, el enjuiciamiento y posterior condena no vulnerarían principios básicos del Derecho penal, **porque los hechos ya eran criminales o delictivos en aquellos años**.

En consecuencia, la AEDIDH ni entiende ni comparte la idea de que los hechos no pueden ser investigados ni sometidos a juicio. Es ésta, en nuestra opinión, una pretensión contraria a Derecho que debería abordarse y resolverse distinguiendo un **plano doble**: (1) de una parte, el ejercicio por Jueces y Tribunales de **la acción investigadora y de enjuiciamiento de crímenes internacionales entonces suficientemente tipificados** al menos para esos efectos (actividades instructoras y juzgadoras) **en el Derecho internacional**. (2) De otra, las dificultades que suscita determinar si existían penas o sanciones que, respetando el principio de legalidad, fueran aplicables a quienes fueran considerados responsables de esos crímenes.

Los problemas de relativa complejidad con los que, ciertamente, todo operador jurídico puede tropezar en el segundo de los planos (el de determinar la sanción o castigo) no deberían contribuir a dar una respuesta negativa al **primero y más elemental y justo reclamo de las víctimas** tras muchísimos años de silencio y postergación: **que se investiguen y enjuicien los hechos para conocer la verdad y, en lo posible, reparar derechos que aún no lo hayan sido**, lo que en no pocos casos servirá para restaurar, al menos en parte y aunque tarde sea, la honra, el buen nombre, la dignidad, acabando con el oprobio, la ignominia, la humillación y la injusticia.

Algunas medidas que contribuirían poderosamente a la consecución de esos fines no pueden quizás ser debidamente acometidas en sede judicial. No las identificamos, pues, en el cuerpo de este Informe, pues algunas de las medidas basadas en Derecho internacional escapan, probablemente, del ámbito de competencias de la Justicia³⁰.

³⁰ Sobre ello, v. particularmente el Informe emitido por Carlos Villán Durán titulado “Las obligaciones del Estado Español en materia de desapariciones forzadas”, 3 de marzo de 2005, 8 págs.

En todo caso, la AEDIDH se permite insistir en que el primero de los planos, el de la investigación y enjuiciamiento, representa **el mínimo umbral de justicia** para las víctimas. Su activación y puesta en funcionamiento, incluso de oficio, por todos los poderes públicos competentes, ni cuestionan ni lesionan derechos individuales de la defensa y, por consecuencia, son y han de ser admisibles en Derecho.

Para el segundo de los planos (determinación de las penas), la AEDIDH quisiera primeramente llamar también la atención sobre lo previsto en los arts. 140 y 141 del **Código penal de 1932**³¹, dentro del Capítulo III del Título primero (*Delitos contra el Derecho de Gentes*) y que *in extenso* nos permitimos reproducir para su evaluación y aplicación *in toto* pues, aunque *inicialmente* previstos para delitos contra personas internacionalmente protegidas (Jefes de otros Estados, representantes de otras Potencias) proporcionan un criterio probablemente útil para determinar la pena cuando fueran otras las víctimas:

«Art. 140. El que matare al Jefe de otro Estado residente en España, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor.

El que produjere lesiones graves a las mismas personas, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo a reclusión menor, y con la de prisión menor en su grado máximo a prisión mayor en su grado medio si las lesiones fueren leves.

En la última de dichas penas incurrirán los que cometieren contra la misma persona **cualquiera** (sic) **otro atentado de hecho** no comprendido en los párrafos anteriores.

Artículo 141. El que violare la inmunidad personal del Jefe de otro Estado recibido en España con carácter oficial, o el de un representante de otra Potencia, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo.

Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tuvieran señalada una penalidad recíproca en las Leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, **se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito**, con arreglo a las disposiciones de este Código, *si la persona ofendida no tuviera el carácter oficial mencionado en el párrafo anterior*».

Entre los delitos contemplados y susceptibles de ser penados como contrarios al Derecho de Gentes figura (además de causar muerte, lesiones graves o violar la inmunidades personales) la realización de *cualquier otro atentado de hecho*, incluso si la persona ofendida no tuviera carácter oficial, arbitrando el último párrafo del art. 141 un criterio

³¹ *Gaceta de Madrid*, núm. 310, de 5 de noviembre de 1932 (págs. 818 y ss.), con las modificaciones que resultan de la Rectificación de errores publicada posteriormente por el Ministerio de Justicia (*Gaceta de Madrid*, núm. 329, de 24 de noviembre de 1932, págs. 1361 y ss.).

claro para determinar la pena “que sería propia del delito” si la persona ofendida no fuera Jefe de otro Estado o representante de otra potencia.

Si no se aceptara esta interpretación, teniendo en cuenta que se cometieron crímenes internacionales *imprescriptibles*, tendrían éstos señalada pena en el mismo Código penal, entre otras, bajo alguna de las rúbricas siguientes: delitos relativos a la libertad de conciencia, sedición³², acusación y denuncia falsas, infracción de leyes sobre inhumanidades, desobediencia y denegación de auxilio, abusos contra la honestidad, delitos contra la vida y la integridad corporal, (homicidio, lesiones,...), delitos contra la honestidad, delitos contra el honor, delitos contra la libertad y seguridad (detenciones ilegales, allanamiento de morada, amenazas y coacciones) delitos contra la propiedad (robos, hurtos, usurpación, incendios y otros estragos, daños).

Y para ello, deberían los Tribunales ponderar debidamente la concurrencia de **circunstancias que agravan la responsabilidad criminal** del modo establecido en el art. 10 *in fine* del Código penal de 1932; esto es, «según las condiciones del delincuente y la naturaleza, los motivos y los efectos del delito». Evaluándolas en esta forma, eran entonces circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal: la alevosía; “aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución”; “obrar con premeditación conocida”; “abusar de superioridad o emplear medio que debilite la defensa”; “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”; “ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad; “de noche, en despoblado o en cuadrilla”, o “con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo, mereciere el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso”.

Considerados como un conjunto, tanto los principios y reglas del Derecho internacional que entonces permitían tipificar como graves crímenes internacionales los terribles ilícitos cometidos durante y después de la guerra civil, calificándolos de imprescriptibles; **como las normas internas de Derecho español constitucional** (*abierto*, según se expuso más arriba, al acatamiento de las normas universales) **o punitivo** entonces vigente, no cabe sino admitir que **el crimen de lesa humanidad anidaba ya no sólo en la conciencia jurídica internacional y nacional propia de la época, sino también en el ordenamiento jurídico internacional y en el propiamente interno a nuestro país.**

Es tarea del intérprete, del juzgador y de todo operador jurídico extraer —sin merma para los derechos de los presuntos responsables, pero sin renunciar al principio de interpretación conforme repetidamente invocado— las consecuencias oportunas de las previsiones internacionales e internas que, como un todo, eran respetuosas de las exigen-

³² Art. 245 (Código Penal de 1932). «Son reos de sedición los que se alzan pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales cualquiera de los objetos siguientes: (...) 4.º Ejercer, con un objeto político o social, **algún acto de odio o venganza contra los particulares** o cualquiera clase del Estado».

cias de *praevia lege scripta* (derecho escrito anterior a la comisión del ilícito), *lege certa* (derecho claro y preciso) y *lege stricta* (derecho que excluye la aplicación analógica).

No procede, empero, en Justicia aplicar con exceso de celo formal la exigencia de *lege scripta* (derecho escrito) por cuanto las **reglas consuetudinarias internacionales** poseen igual valor obligatorio que aquellas escritas en un tratado y son por tanto igualmente oponibles a todos los Estados, prevaleciendo sobre su derecho interno; sobre todo y sin discusión, si son imperativas (*ius cogens*) y traducen la negación jurídica de la barbarie, en todo tiempo, en todo lugar y bajo cualquier circunstancia. Como nos lo recuerda y exige el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos.

XIX. LA COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Los crímenes de lesa humanidad a los que nos venimos refiriendo, están tipificados hoy en el art. 607 *bis* del Código Penal, introducido como consecuencia de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, lo que sirve para disipar a futuro posibles dudas o vacilaciones sobre lo que el Derecho internacional conoce bien desde hace tiempo.

«Artículo 607 bis.

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los **hechos** previstos en el apartado siguiente como **parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella**.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1º Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran **la muerte de alguna persona**. (...)

2º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una **violación**, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en **cualquier otra agresión sexual**.

3º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las **lesiones** del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a **condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud** o cuando les **produjeran** alguna de las **lesiones** previstas en el artículo 150. (...).

4º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si **deportaran o trasladaran por la fuerza**, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más

personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

5° Con la pena de prisión de seis a ocho años si **forzaran el embarazo** de alguna mujer **con intención de modificar la composición étnica** de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6° Con la pena de prisión de 12 a 15 años **cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero** de la persona detenida.

7° Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con **infracción de las normas internacionales sobre la detención**. (...)

8° Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran **tortura** grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. (...)

9° Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las **conductas relativas a la prostitución** recogidas en el artículo 187.1 , y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su **explotación sexual**, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. (...)

10° Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a **esclavitud** o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque»

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), ratificado por España en el año 2000³³, atribuye a la competencia de la Corte los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Entre éstos, los crímenes de lesa humanidad (art. 7 del Estatuto). Sin embargo, la competencia *ratione temporis* de la Corte no alcanza, como se sabe, a los crímenes anteriores a la entrada en vigor del Estatuto³⁴. Pero, al incluir la máxima *nullum crimen sine lege*, proclamada como principio general de derecho penal, el art. 22.3 del Estatuto *advierde*, en línea con disposiciones ya citadas de la DUDH y el PIDCP, que:

«Artículo 22. *Nullum crimen sine lege*

³³ Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, págs. 18824 y ss.)

³⁴ art. 11.1 del Estatuto de la CPI: «La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto»

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. (...)

3. **Nada** de lo dispuesto en el presente artículo **afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto»**

Sin perjuicio de la falta de competencia de la CPI, igual sintonía se percibe en la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la cual las Cortes Generales autorizaron la ratificación del Estatuto. Su Exposición de Motivos reconoce los precedentes del Derecho internacional traídos aquí, cuando sitúa el Estatuto de la CPI como

«... el colofón de una serie de trabajos y negociaciones cuyo **origen coincide, prácticamente, con el nacimiento de las Naciones Unidas** y que, con intensidad variable, se han sucedido a lo largo del último medio siglo.

Así, **tras los precedentes de los Tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio**, creados en 1945 y 1946 para juzgar a los principales responsables alemanes y japoneses acusados de la comisión de “crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad”, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1948 el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio (...).

La decisión del Tribunal de Justicia de La Haya de 1971 consideró que el Convenio de 1948 contra el genocidio era parte del Derecho Internacional consuetudinario. Posteriormente, **la Resolución de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1973, declaró que los crímenes contra la Humanidad serían perseguidos y no podrán quedar impunes (...)**³⁵.

En cualquier caso, no teniendo competencia la CPI sobre los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura posterior, la AEDIDH entiende que, conforme a las leyes en vigor, **la investigación y enjuiciamiento en España de los crímenes de lesa humanidad caen bajo la competencia de la Audiencia Nacional**, órgano cuyas potestades jurisdiccionales mejor se ajustan a la singularísimas dimensiones y efectos, en todo el territorio nacional, de los crímenes contra la humanidad. La competencia de la Audiencia Nacional se sustenta con racional criterio en que:

1. En general y en el orden penal, la jurisdicción española tiene competencia «para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) **Genocidio...**» (art. 23.4 de la LOPJ).

2. En particular —dentro de la planta de Juzgados y Tribunales— la Audiencia Nacional fue concebida como un **órgano con “jurisdicción en toda España”** (art. 62 de la LOPJ) y competencia para enjuiciar causas por delitos que, en virtud del art. 65 de la LOPJ, o bien afectan a personas e intereses nacionales que el

³⁵ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000.

legislador ha considerado que deben ser juzgados por un foro especial (apdos. a y b), o bien producen efectos para una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia o en lugares pertenecientes a distintas Audiencias (apdos. b y d). A ello se suma el enjuiciamiento de “delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles” (apdo. e) y “los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados” (art. 65.1 *in fine*).

La misma atribución de competencia basada en el criterio de los efectos territoriales, pero esta vez en el orden social, resulta del 67 de la LOPJ, ya que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conoce en única instancia de la “impugnación de convenios colectivos cuyo ámbito territorial de aplicación sea superior al territorio de una Comunidad Autónoma”, así como de los “procesos sobre conflictos colectivos cuya resolución haya de surtir efecto en un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma”. Ese criterio de los efectos de la conducta criminal en todo el territorio nacional también aparece implícito en el art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. La Audiencia Nacional conocerá también “de las cuestiones de cesión de **jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de Tratados internacionales** en los que España sea parte” (art. 65. 3 de la LOPJ). La Audiencia Nacional ha conocido ya anteriormente de crímenes internacionales cometidos fuera de España, por aplicación del principio de jurisdicción universal enunciado en el art. 65.1 e) de la LOPJ, incluso antes de su vigencia. Cabe pues interrogarse: si la Audiencia es competente cuando los crímenes se han producido fuera territorio nacional, ¿cómo no reconocer, *a fortiori*, su competencia y proclamarla igualmente cuando los crímenes se han producido *dentro* de ese ámbito, de forma sistemática o generalizada, en atención particularmente a la entidad, dimensión y efectos de crímenes internacionales que se proyectaron para todo el territorio del Estado bajo la cubierta de sucesivos bandos militares, decretos y leyes de los sublevados?

4. En otro orden de cosas y de nuevo en plano de generalidad, la Audiencia Nacional es, conforme a las leyes en vigor, el órgano jurisdiccional más idóneo y capaz por la naturaleza de los crímenes cometidos para investigarlos y enjuiciarlos confirmando que, efectivamente, se produjeron a gran escala y en todo el territorio nacional, durante la guerra civil y la dictadura, que son imprescriptibles y desencadenaron la responsabilidad penal individual pero también la responsabilidad interna e internacional del Estado por comisión (activa o por omisión) de ilícitos internos e internacionales (desapariciones forzadas y otros crímenes contra la humanidad) con efectos en todo el territorio y permanentes y continuados en el tiempo.

En suma, deferir a los Juzgados de Instrucción y a las Audiencias Provinciales la competencia para la instrucción y el juzgamiento de causas penales por graves crímenes internacionales (cometidos a gran escala y con efectos para personas y lugares que sobrepasan el territorio de más de una Audiencia) sería una solución contradictoria, opuesta al buen sentido que en la LOPJ preside la distribución de competencias (en lo material y

en lo territorial) entre los diferentes órganos jurisdiccionales y la atribución especial de algunas de ellas a la Audiencia Nacional.

X. CONCLUSIONES: LA NECESIDAD DE ADMITIR LO OCURRIDO Y DAR REPARACIÓN

No es exagerado decir que en el Estado social y democrático de Derecho que hoy es España, a pesar de tantísimo tiempo transcurrido desde que estalló la guerra civil y se implantó, contra *iure*, una nueva dirigencia durante prácticamente cuatro décadas, resulta paradójicamente difícil de admitir lo que es bien sencillo: (1º) que los insurrectos y sus sucesores en el gobierno del país cometieron distintos crímenes contra la humanidad desencadenando su responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado; (2º) que las Víctimas no han tenido aún pleno recurso efectivo y reparación, entendidos uno y otro como antes se hizo, en términos de Derecho internacional. En realidad, la dificultad para admitir ambos extremos es mucho más compleja, puesto que, como alguien dijo, de una u otra forma, *las cosas son sumamente simples, pero máximamente complejas*, lo que vale tanto en Derecho como en otros ámbitos de la vida.

Sin embargo, ni debemos ni podemos omitir, aunque esté más o menos implícito en lo escrito páginas atrás, que esos **crímenes internacionales de grave trascendencia** —entonces y ahora— para el conjunto de la comunidad internacional de Estados, han sido origen de tremendos sufrimientos para miles de personas en España, entre los que están sin duda los casos presentados por familiares y Asociaciones de preservación de la Memoria para su debida consideración por la Audiencia Nacional. Sufrimientos tremendos, por terribles. Tremendos también por haberse infligido a miles de personas, sin ninguna causa o motivo justo, castigos y padecimientos atroces e innecesarios, desproporcionados, excesivos, de efectos continuados y sostenidos hasta hoy.

Tales **crímenes** son absolutamente **contrarios a principios y reglas elementales de humanidad, de naturaleza consuetudinaria y valor imperativo**, codificados o *declarados* en el Derecho internacional humanitario desde finales del siglo XIX. Pero codificados también en el Derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la Declaración de Ginebra de 1924 o tabla de los Derechos del Niño (que hizo suya la Constitución de 1931), la Declaración Universal de 1948 y otras aprobadas por resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁶, así como en tratados internacionales en los que España es Estado Parte. Entre éstos, en particular la Convención para la prevención y la sanción del crimen de Genocidio (1948), el citado PIDCP, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

³⁶ *Declaración de los Derechos del Niño* (resolución 1386, de 20 de noviembre de 1959); *Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Res. 3452, de 9 de diciembre de 1975); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (Res. 47/133, de 18 de diciembre de 1992] o, en el ámbito de la investigación, los *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (resolución 55/89, de 4 de diciembre de 2000).

(1950) o la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984)³⁷.

No queremos hacer aquí un inventario de los efectos que esos crímenes acarrearán para las víctimas y sus familiares (madres, padres, niñas, niños), con oportunidades perdidas, con un horizonte o proyecto de vida irremediamente truncado: son las Víctimas mismas las que, con mejor título y conocimiento, pueden hacerlo si el Estado de Derecho les da oportunidad para explicarse, ser oídas y también escuchadas, participando y manifestándose a través del debido proceso.

La dignidad de las Víctimas (siéndolo también los familiares) que es fundamento de los principios y reglas internacionales indicados, pero también de otras muchas tanto en la Constitución de 1931 como en la ahora vigente, merece para la AEDIDH todo el respeto y reverencia y debe ser amparada por los Jueces y Tribunales españoles. En este sentido, **el Derecho internacional de los derechos humanos ofrece los útiles técnico-jurídicos precisos para que las Víctimas puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva** (art. 24 de la Constitución) **interpretado por la vía abierta en el art. 10.2 de la Constitución**. Esta disposición permite interpretar las normas internas de manera congruente y armoniosa con las obligaciones internacionales del Estado sin incurrir, al hacerlo, en vulneración de la legalidad interna; pero evitando que España incurra en responsabilidad internacional por violación del derecho a un recurso efectivo y a una reparación plena, justa y adecuada.

En tal sentido, hemos tratado de explicar nuestra convicción de que la Audiencia Nacional es el órgano judicial mejor situado tanto para (a) esclarecer e investigar esos hechos criminales, singulares e imprescriptibles, practicados de manera generalizada o sistemática y con efectos continuados en todo el territorio nacional, como al objeto de (b) determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, tanto individuales como del Estado, realizando así el derecho de los denunciantes a obtener esa reparación, en todos aquellos casos en que esto no ha sido posible.

Puede replicarse que existen otras instancias, cauces u opciones, como acudir a la investigación y enjuiciamiento por Juzgados de Instrucción y las Audiencias Provinciales, o a la jurisdicción civil, a la vía administrativa y a la jurisdicción contencioso-administrativa a los fines de determinar las obligaciones del Estado para dar reparación a las Víctimas. Sin embargo, **para la instrucción y enjuiciamiento en primera instancia, la Audiencia Nacional es**, conforme a las leyes en vigor, **el foro más apropiado**. Por tener jurisdicción en toda España, ella es el órgano judicial idóneo **para investigar y sustanciar denuncias por hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad** (entre ellos, desapariciones forzadas), **confirmando su carácter imprescriptible y, también, porque los crímenes cometidos generalizada o sistemáticamente y a gran escala produjeron sus efectos en todo el territorio nacional**.

³⁷ Para un análisis de estos y otros aspectos, véase AMNISTÍA INTERNACIONAL, *España: poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*, sección española de Amnistía Internacional, 18 de julio de 2005, 77 págs.

No en vano, desde 1998 la Audiencia Nacional ha conocido de casos similares, aunque sucedidos fuera de España, y posee, por tanto, las competencias y experiencias necesarias para tales fines. Sin desmerecer los otros procedimientos indicados, la AEDIDH entiende que **la Audiencia Nacional es, de acuerdo a las leyes vigentes, la jurisdicción más apropiada para investigar y conocer esas denuncias y acordar, si procede, las medidas para reparar de manera justa y adecuada las gravísimas violaciones denunciadas y cometidas a gran escala y en todo el territorio nacional, de forma generalizada o sistemática, ejecutando un plan concebido para someter a un número muy elevado de personas (incluidos sus familiares) al asesinato, exterminio y aniquilamiento; deportación y trabajos forzados; privación ilegal o arbitraria de su libertad; tortura y otros atentados contra su integridad física o mental; violaciones; persecuciones motivadas por la opinión política o el ejercicio de derechos y libertades constitucionales; desapariciones forzadas; miedo, humillación y estigmatización por muchísimo tiempo y, en general, otros sufrimientos igualmente graves.** Las órdenes impartidas en España desde 1936 por los insurrectos y por la dirigencia que les reemplazó, mediante bandos militares, decretos y otros medios dirigidos a mantener y repetir en el tiempo esas conductas criminales acreditan también que no fueron crímenes ejecutados en un solo acto, ni en un corto período de tiempo, sino que fueron sostenidos en el tiempo repitiéndose con mayor o menor intensidad, en horrenda sucesión, desde la fecha de la insurrección, respondiendo a un plan premeditado y, como se expuso, ocasionando a las Víctimas daños y lesiones inhumanos y severos, que aún perduran.

Sería muy difícil y, también un contrasentido, sostener que en 1936 el Derecho de gentes no consideraba aún que todos esos actos se oponían radicalmente a los intereses de la humanidad, a las siempre crecientes exigencias de la civilización, a los usos establecidos entre las naciones, a las leyes de la humanidad y a las exigencias de la conciencia pública. Lo sería también pretender que, en aquel tiempo, esos actos encontraban en el Derecho internacional su *marchamo* de legalidad.

Finalmente, la AEDIDH opina que la Audiencia Nacional, en el ejercicio de sus facultades instructoras y juzgadoras, podría hacer suyas las estrategias recomendadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) como iniciativa para el enjuiciamiento de graves crímenes internacionales. La publicación de la OACNUDH ofrece indicaciones útiles para llevar a cabo la adecuada comprensión y reconstrucción de los crímenes; la realización de investigaciones multidisciplinarias; la obtención, análisis, conservación y admisibilidad de las pruebas; la participación de las víctimas en el proceso o la adecuada gestión de los juicios³⁸.

³⁸ OACNUDH: *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, doc. HR/PUB/06/4, 43 págs.

Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura

Se trata, como ahí se indica, de una estrategia integrada de justicia de transición apta para permitir que una sociedad deje atrás la impunidad y un legado de abusos de los derechos humanos.