



Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España

Madrid – 30 de septiembre de 2013

El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las desapariciones forzadas o involuntarias visitó España del 23 al 30 de septiembre de 2013. La visita estuvo integrada por dos miembros del Grupo de Trabajo: la Sra. Jasminka Dzumhur y el Sr. Ariel Dulitzky. El objetivo de la visita fue examinar las principales iniciativas y políticas emprendidas por el Estado español sobre cuestiones relativas a las desapariciones forzadas o involuntarias de personas, y analizar en particular los aspectos concernientes a la justicia, la verdad, la reparación y la memoria para las víctimas de desapariciones forzadas. Todo ello a la luz de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (la Declaración). La Declaración refleja, codifica y consolida el derecho consuetudinario internacional que es jurídicamente vinculante para todos los Estados, incluido el español.

Los expertos se reunieron con diversas autoridades incluyendo: En Madrid, el Secretario de Estado de Justicia; el Secretario de Estado de Seguridad; el Secretario de Estado de Asuntos de Cooperación Internacional y para Iberoamérica; el Sub Secretario a la Presidencia; el Sub Secretario de Defensa; el Director General de Política Exterior, Asuntos Multilaterales, Globales y de Seguridad y la Directora de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores; Jueces del Consejo Nacional del Poder Judicial y Fiscales de la Fiscalía General del Estado. El Grupo de Trabajo se reunió también con el Presidente del Senado y la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados así como con la Defensora del Pueblo. En Cataluña, los expertos se reunieron con: la Delegada de Gobierno en Cataluña; el Síndic de Greuges (Defensor del Pueblo) y los directivos del Memorial Democràtic y del Institut Català Internacional per la Pau. En el País Vasco: con el Consejero de Justicia y portavoz del Gobierno Vasco; la Directora de Derechos Humanos del Gobierno Vasco; la Presidenta y la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Vasco; el Presidente del Tribunal Superior y el Fiscal Superior de Justicia del País Vasco; y el Secretario General del Ararteko (Defensor del Pueblo). En Andalucía: la Vicepresidenta de la Junta de Andalucía; el Director General de Memoria Democrática; el Parlamento y el Defensor Adjunto del Pueblo.

El Grupo de Trabajo quisiera agradecer al Gobierno de España por haberle extendido una invitación para visitar el país, por su amplia y positiva cooperación antes y durante la visita, así como por la franqueza y apertura al diálogo. Asimismo, agradece la información proporcionada durante la visita.

También extiende su agradecimiento a las autoridades de las tres Comunidades Autónomas que tuvo oportunidad de visitar.

El Grupo de Trabajo se reunió con cientos de familiares y organizaciones de familiares de personas desaparecidas, así como con otras organizaciones de la sociedad civil, abogados, historiadores, médicos, arqueólogos, antropólogos forenses y académicos. También recibió información directa de algunos testigos de desapariciones forzadas. El Grupo de Trabajo agradece a los familiares, las organizaciones de la sociedad civil, en particular las de familiares de personas desaparecidas y todos los sectores de la sociedad con los que se reunió. Dada la edad avanzada de muchos de los familiares y testigos que vieron por última vez con vida a personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura **resulta esencial que el Estado actúe con la debida urgencia y celeridad en materia de desapariciones forzadas.**

Durante la visita, el Grupo de Trabajo visitó el Valle de los Caídos en Madrid, el Fossar de la Pedrera en Barcelona y las Murallas de la Macarena y la fosa común del Cementerio de Sevilla. Los expertos se reunieron además con el Secretario General de la Conferencia Episcopal.

En España se cometieron graves y masivas violaciones a los derechos humanos durante la Guerra Civil (1936-1939) y la dictadura (1939-1975). De acuerdo con la instrucción penal llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción Penal nº 5 de la Audiencia Nacional, el número de víctimas de desapariciones forzadas del 17 de julio 1936 a diciembre 1951 ascendería a 114.226.

El auto también se refirió al secuestro sistemático de niños –se mencionan en el auto 30.960 niños– de los detenidos republicanos que habrían sido entregados a las familias que apoyaban el régimen de Franco después de que sus identidades fueran supuestamente cambiadas en el Registro Nacional. El Grupo de Trabajo ha recibido información en varias reuniones sobre “robos” o “secuestros” de bebés y niños que habrían ocurrido incluso hasta después del retorno a la democracia.

El Grupo de Trabajo también ha recibido información sobre casos aislados de desapariciones que habrían ocurridos en los años 70 y 80 en el contexto de la lucha anti-terrorista.

Marco Legislativo

España ha ratificado la gran mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos. En particular, el Grupo de Trabajo felicita España por la ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas así como la aceptación de la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada para recibir y examinar las comunicaciones según los artículos 31 y 32 de la Convención. **El Grupo de Trabajo considera de fundamental**

importancia que España ratifique la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

La Constitución española de 1978 incorpora y tutela todos los derechos fundamentales de una manera amplia y generalmente consistente con el derecho internacional. El apartado segundo de su artículo 10 requiere una interpretación conforme de los derechos con los tratados ratificados por España. Sin perjuicio de ello, en muchos casos de desapariciones forzadas el Grupo de Trabajo ha notado una ausencia o insuficiente análisis de la compatibilidad de la normativa y práctica interna española con las obligaciones internacionales del Estado. **El Grupo de Trabajo hace un llamado a la judicatura a realizar un uso consistente de la Declaración y de otros instrumentos internacionales relevantes. También insta al Estado a desarrollar una capacitación mayor a jueces y fiscales sobre la Declaración y otros instrumentos internacionales.**

El Grupo de Trabajo ha analizado las disposiciones del Código Penal español indicadas por diferentes autoridades que regularían la desaparición forzada (artículos 163-168 y 530). El análisis individual de estos artículos o la conjunción de todos o algunos de ellos, demuestra que el Código español no contiene un delito autónomo de desaparición forzada ya que los delitos mencionados carecen de todos los elementos constitutivos de una desaparición forzada. No requieren la participación de un agente estatal ni la posibilidad de la tolerancia, aquiescencia, o cooperación estatal en el caso de comisión de una desaparición forzada por un particular o grupo de particulares. Solo cubren el supuesto de detención ilegal o secuestro cuando la Declaración se refiere a otras posibilidades como el arresto, el traslado contra su voluntad a las personas, o “que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma”. Además, la fórmula utilizada por el Código Penal “no dar razón del paradero de la víctima” no es lo suficientemente amplia para abarcar el tercer elemento constitutivo de una desaparición forzada de personas, a saber “la negativa a reconocer la privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la protección de la víctima”. Por último, el Código Penal omite estipular que la consecuencia de la desaparición es sustraer a la persona de la protección de la ley. De modo que la tipificación española no es suficiente en materia de desapariciones forzadas.

El Proyecto de Ley Reforma del Código Penal (aprobado en Consejo de Ministros el pasado 20 de septiembre), no reforma dichos artículos ni incluye la tipificación de la desaparición forzada. Sin embargo, este proyecto de ley representa un avance importante pues eleva las penalidades de los delitos mencionados equiparándolos al homicidio. **El Grupo de Trabajo considera que la revisión del Código Penal es una oportunidad para incluir el delito autónomo de desaparición forzada, de acuerdo a la definición de la Declaración.**

Las autoridades han informado que el artículo 607 bis del Código Penal bajo la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad” recoge la tipificación de los crímenes contra la humanidad tal y como están definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esta inclusión en el Código Penal es bienvenida por el Grupo de Trabajo aunque resulte insuficiente a los efectos de la obligación internacional de tipificar como delito autónomo la desaparición forzada.

Verdad y memoria

Las familias de los desaparecidos en España quieren conocer la verdad sobre la suerte o el paradero de sus seres queridos. Se han creado varias asociaciones de víctimas y hay una vibrante sociedad civil en España que trabaja con ese objetivo. El Grupo de Trabajo ha constatado en varios casos una falta de vínculos y comunicación entre los grupos de víctimas y las autoridades estatales. Los grupos de víctimas, en particular las asociaciones de familiares, no han sido debidamente consultadas ni tenidas en cuenta en el proceso de creación de mecanismos de justicia de transición, lo que resultó en que los mecanismos establecidos no hayan sido suficientes y eficaces. **El Grupo de Trabajo insta al Estado español a establecer un proceso regular de consulta con los familiares y las asociaciones de familiares así como a proporcionarles un mayor apoyo institucional y financiero para que puedan jugar un papel fundamental en las cuestiones relativas a las desapariciones forzadas.**

En España no existe una entidad estatal con la responsabilidad de ocuparse de todas las cuestiones relativas a las desapariciones forzadas, incluyendo el establecimiento y la gestión de una base de datos central sobre las desapariciones. El Grupo de Trabajo observa que existe una fragmentación y dispersión de la información disponible sobre las desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y la Dictadura. Esta información no está centralizada y produce confusión, entre otros, sobre el número de desapariciones forzadas. Una base de datos central es crucial para promover la transparencia, la precisión y certeza sobre la persona desaparecida. Se necesita disponer de datos estadísticos, en particular con el objetivo de aclarar y distinguir entre víctimas de ejecuciones y desapariciones forzadas. Los datos deben desglosarse por sexo, edad, zona geográfica, y el tipo y la ubicación del lugar de desaparición. Estos datos también deben incluir información sobre la fecha y el lugar de enterramiento y eventual exhumación e identificación y la información sobre los miembros de la familia. El Grupo de Trabajo considera que **es imprescindible crear una entidad estatal con pleno apoyo institucional encargada de ocuparse de todas las cuestiones relativas a las desapariciones forzadas, incluyendo el establecimiento y la gestión de una base de datos central sobre las desapariciones y reagrupe la información generada por distintas asociaciones de memoria histórica y grupos de investigación.** El Grupo de Trabajo entiende que la base de datos elaborada por el Juzgado de Instrucción Penal nº 5, que contiene información sobre más de 114.000 víctimas, debería ponerse a disposición del público de manera inmediata.

El Grupo de Trabajo ha recibido información sobre la capacidad desarrollada en el campo de la ciencia forense y en los historiadores, la cual se ha utilizado parcialmente y en forma no coordinada. Por lo tanto, la responsabilidad de esta entidad **debería fomentar la adopción de un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas, la coordinación de las actividades de exhumación e identificación y actualización de los mapas de fosas desarrollados de acuerdo a Ley de Memoria Histórica.** La creación de este mecanismo institucional debería mejorar la aplicación de la Ley de Memoria Histórica y promover una mejor comprensión de la naturaleza, las causas y el impacto de las desapariciones forzadas, promover una cultura de responsabilidad y rendición de cuentas, y el respeto del estado de derecho.

El Grupo de Trabajo reconoce la relevancia de la Ley 52/2007, del 26 de diciembre, denominada “Ley de Memoria Histórica” que procura sentar las bases para el desarrollo de políticas en materia de reconocimiento y ampliación de derechos a las víctimas, la promoción de reparaciones y la recuperación de la memoria. Esta Ley reconoce la memoria como un elemento central de reparación de las víctimas. También establece disposiciones para el reconocimiento moral de las víctimas, la provisión de subvenciones, la prohibición de los símbolos conmemorativos franquistas, y la creación de un centro de documentación. Los artículos 11 a 14 de la Ley, referidos a la localización e identificación de personas desaparecidas, procuran responder a la demanda de miles de familiares que buscan conocer la suerte o el paradero de sus seres queridos. Sin embargo, las medidas previstas por la Ley dependen de la iniciativa de los familiares que las soliciten lo que ha creado varias dificultades en el disfrute de los derechos contenidos en la Ley. Según el artículo 11 de la Ley, las administraciones públicas solo tienen la obligación de cooperar con los particulares y facilitar las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas, transfiriendo de hecho la responsabilidad de estas actividades desde el Estado hacia los familiares. El Grupo de Trabajo subraya que la búsqueda de los desaparecidos no puede ser una tarea o iniciativa de los familiares sino una obligación del Estado. **El Estado Español debería asumir el liderazgo y comprometerse de manera más activa y urgente para atender la demanda de miles de familiares que buscan conocer la suerte o el paradero de sus seres queridos desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura. Todas las iniciativas relativas a la búsqueda de desaparecidos tienen que ser parte de una política de Estado comprensiva, coherente, permanente, cooperativa y colaborativa.**

Si bien la Ley de Memoria Histórica establece la obligación de elaborar un protocolo de actuación científica y multidisciplinar para las exhumaciones y la creación de un mapa nacional de fosas comunes, omite regular el procedimiento y responsabilidad institucional de este trabajo. Ello ha dado como resultado que las familias deban llevar a cabo muchos trámites judiciales y administrativos para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas sin una claridad del marco legislativo ni administrativo correspondiente. El “Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la guerra civil y la dictadura” se ha adoptado en septiembre de 2011 – es decir casi cuatro años después de la adopción de la Ley durante los cuales se realizaron un número importante de exhumaciones. Este Protocolo es importante para proveer de mínimos estándares a todos aquellos equipos científicos que realizan exhumaciones y **debería desarrollarse ulteriormente prestando atención a la necesidad de reforzar un enfoque multidisciplinario, que incluya antropólogos, forenses, genetistas y arqueólogos, lo que las víctimas no son capaces de proporcionar y estableciendo claramente las autoridades responsables en cada etapa.** El Grupo de Trabajo reconoce que los aspectos forenses son relevantes para la verdad y la justicia y recuerda en su Observación General sobre el Derecho a la Verdad en relación con la desaparición forzada en donde se observa que “los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para solicitar los servicios de expertos forenses y utilizar métodos científicos de identificación hasta donde permitan los recursos disponibles”.

El proceso para determinar el paradero de las personas que desaparecieron en España ha tenido un éxito limitado, con el descubrimiento de varias fosas comunes. Algunos de los factores que contribuyen a este limitado éxito son el tiempo transcurrido desde que las desapariciones tuvieron su

comienzo de ejecución, la ausencia o casi nula participación estatal, la carencia de un procedimiento claro, detallado y específico en relación con las exhumaciones e identificaciones, la inexistencia de una base de datos genéticos de familiares de personas desaparecidas. No hay ningún reglamento específico a nivel nacional concerniente a los restos mortales, después de su exhumación.

El Grupo de Trabajo observa que el apoyo que brindan las distintas Comunidades Autónomas depende altamente del partido político gobernante en cada lugar. En algunas comunidades autónomas, de hecho, las autoridades locales han asumido la plena responsabilidad de la exhumación. Mientras que en otras, las administraciones han permanecido completamente ajenas a este proceso. Ello provoca un trato diferente de las víctimas dependiendo del lugar de la fosa y no ofrece igualdad de aplicación de los derechos establecidos en la Ley de Memoria Histórica.

Según la información recibida, desde el año 2006, el Gobierno de España ha destinado más de 25 millones de euros a las diferentes asociaciones de Memoria Histórica, para la ejecución de actividades para la recuperación de la memoria histórica, tales como la localización y exhumación de fosas, organización de actos de homenaje y labores de investigación. La implementación de este aspecto de la Ley de Memoria Histórica ha permitido que se produzca valiosa y cuantiosa información. **El Estado español debería compilar, analizar y sistematizar dicha información, para luego ponerla a disposición del público.**

Sin embargo, en los dos últimos ejercicios presupuestarios, no se han abierto líneas de financiación para la División de Derechos de Gracia y otros Derechos del Ministerio de Justicia, que tiene ahora la responsabilidad de desarrollar y dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley de Memoria Histórica a nivel nacional. Esta División ha integrado a inicios de 2012 la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura. Familiares y asociaciones le han expresado al Grupo de Trabajo que, a su entender, el corte de presupuesto, asociado con el cambio de nombre - en donde no se hace referencia alguna a las víctimas - no se debería exclusivamente a una reorganización de carácter puramente técnico ni a la crisis económica que afecta el país. **El Grupo de Trabajo llama al Estado a proporcionar los fondos adecuados para que la Ley de Memoria Histórica pueda aplicarse eficazmente.**

La Ley de Memoria Histórica también prevé que las Administraciones públicas elaborarán y pondrán a disposición de todos los interesados, dentro de su respectivo ámbito territorial, mapas en los que consten los terrenos en que se localicen los restos de las personas. Este Mapa de Fosas es gestionado por el Ministerio de Justicia; según la información recibida, actualmente se recogen en tal Mapa hasta 2.382 Fosas en todo el territorio nacional. Sin embargo, se le ha informado al Grupo de Trabajo que no todas las Comunidades Autónomas han realizado estos mapas y que adicionalmente no se actualiza de manera periódica. El Grupo de Trabajo, por otra parte, recibió detallada información sobre la actualización periódica en materia de exhumaciones y localizaciones de fosas comunes en el País Vasco y Andalucía. **La información sobre los mapas de fosas debería ser periódica y automáticamente actualizada.**

El acceso a la información y a los archivos constituye un problema principal para las víctimas en el proceso de obtención de la verdad. En algunos casos ha habido una destrucción deliberada de

documentos. Los archivos de seguridad todavía son de difícil o casi imposible acceso. En general hay una cierta resistencia a desclasificar o permitir el acceso a documentos. Falta una ley integral que regule el acceso a la información y a los archivos, lo que crea una situación por la cual el acceso a los archivos públicos puede estar reglamentado diferentemente en función de las distintas áreas geográficas. Esto crea situaciones en donde es posible que el acceso a la información pueda depender de la buena voluntad y/o la interpretación normativa del particular que atienda la demanda.

El Grupo de Trabajo toma nota de la existencia de una serie de controversias relacionadas con los registros de defunciones así como la veracidad de la información contenida en ellos. Algunos de los libros de registros han sido destruidos, o no se permite el acceso a ellos debido a la protección de datos personales o a otras razones. El Grupo de Trabajo también recibió información sobre el difícil acceso a archivos pertenecientes a la Iglesia Católica.

La legislación sobre la protección de la base de datos de carácter personal es un obstáculo para las víctimas en el acceso a la información. Según la información recibida, las autoridades gubernamentales utilizarían la ley para rechazar el acceso a la información relacionada con la desaparición si la información contiene un dato de carácter personal. La información bajo el control de un organismo público es un valor de bien público y el acceso público a esta información promueve una mayor transparencia y rendición de cuentas. Si la información pública contiene datos personales se tiene que examinar caso por caso para garantizar un equilibrio entre el acceso a la información y la protección de datos de carácter personal. El Grupo de Trabajo en su Observación General sobre el Derecho a la Verdad señaló que, en relación con la desaparición forzada, el derecho a conocer la verdad se refiere "al derecho a conocer los progresos y resultados de una investigación, la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y las circunstancias de la desaparición, así como la identidad del autor o los autores de la desaparición".

Existen actualmente iniciativas para adoptar una legislación sobre el acceso a la información, aunque el Grupo de Trabajo entiende que el objetivo de estas iniciativas es proporcionar mayor transparencia sobre las actividades gubernamentales –con el enfoque particular de la lucha contra la corrupción– antes que regular el acceso del público a la información. Una ley podría permitir superar los obstáculos reseñados. **España debería promulgar una ley de acceso a la información y un marco legislativo apropiado sobre archivos para garantizar el derecho a conocer la verdad.**

La Ley de Memoria Histórica también dispone que las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura. Sin embargo, el Grupo de Trabajo ha sido informado que esta disposición en varias ocasiones no se ha respetado en la práctica. **El Grupo de Trabajo recomienda que el Estado vele por el respeto de esta disposición, que es esencial para el respeto de las víctimas y el repudio y rechazo social de las violaciones ocurridas, incluidas las desapariciones forzadas.**

En materia de memoria y verdad, varias Comunidades autónomas han asumido un importante rol que muchas veces amplían el alcance de la Ley de Memoria Histórica. En las comunidades autónomas visitadas por el Grupo de Trabajo, Cataluña aprobó una Ley (10/2009) sobre la localización e identificación de las personas desaparecidas, y la dignificación de las fosas comunes. En Cataluña se ha favorecido la dignificación de las fosas antes que la exhumación. Cataluña ha creado el Memorial Democràtic como institución encargada de desarrollar las políticas públicas dirigidas a la acción cívica de recuperación, conmemoración y fomento de la memoria democrática. El Grupo de Trabajo observa con preocupación la reducción del presupuesto destinado a las actividades del Memorial Democràtic. El Gobierno del País Vasco ha firmado un convenio de cooperación con la sociedad de ciencias Aranzadi, que ha permitido la realización de un censo de desaparecidos, la exhumación de numerosas fosas y la identificación de víctimas de desapariciones forzadas. Ante cada identificación el Gobierno del País Vasco envía una carta personalizada a las familias con un dossier con toda la información compilada. En Andalucía se llevan a cabo numerosas actividades por la Dirección General de Memoria Democrática tales como concesiones de distinciones honoríficas, subvenciones a ayuntamientos y entidades para realizar construcciones conmemorativas, investigaciones, estudios, jornadas, exposiciones y publicaciones. **Ha sido también elaborada una base de datos de represaliados por el franquismo a través del proyecto “Todos los Nombres”.**

El derecho a la justicia

La Declaración exige que el Estado español garantice a las víctimas de desapariciones forzadas un recurso efectivo que implique la investigación de oficio seria e imparcial de las desapariciones forzadas a fin de identificar a los presuntos responsables de las mismas e imponerles las sanciones que puedan corresponder. Sin embargo, la combinación de un marco legislativo deficiente, una judicatura que no ha interpretado la ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, fiscales que no han impulsado las investigaciones y la presencia de una Ley de Amnistía, han creado un patrón de impunidad para los casos de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura. No hay ninguna investigación judicial efectiva en contra de una persona determinada en curso, ni hay persona alguna condenada por las desapariciones durante la Guerra Civil y la dictadura.

En diciembre de 2006 un grupo de víctimas presentó una querrela colectiva ante la Audiencia Nacional reclamando la investigación judicial de los miles de casos de desapariciones forzadas que se habrían producido en España durante la Guerra Civil y la dictadura. La denuncia fue asignada al Juzgado de Instrucción Penal n.º 5 de la Audiencia Nacional. El Juzgado reconoció que los hechos denunciados no habían sido investigados penalmente, calificó a los delitos como crímenes de lesa humanidad e hizo referencia a la existencia de un plan sistemático de ataque para eliminar a los opositores políticos desde el 1936, durante la Guerra Civil y los años posteriores. El juez se inhibió por considerarse incompetente y remitió las actuaciones a los juzgados territoriales pertinentes. Ante una acusación de prevaricato por haber abierto y promovido dicha investigación, el titular del Juzgado de Instrucción Penal n.º 5 fue procesado y finalmente absuelto el 27 de febrero de 2012 mediante sentencia del Tribunal Supremo. El Tribunal consideró que el titular del Juzgado de Instrucción Penal n.º 5 cometió un error al realizar dichas investigaciones pero que actuó sin el dolo requerido para configurar el delito de prevaricato. Un mes después, el mismo Tribunal Supremo decidió una

contienda de competencia en la que determinó que los juzgados territoriales y no la Audiencia Nacional eran los competentes para atender los casos de desapariciones forzadas de la Guerra Civil.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de absolución y competencia estableció expresamente que no procede la investigación penal por casos de desapariciones forzadas dado que los casos estarían prescriptos, los presuntos responsables estarían muertos, el carácter continuado de las desapariciones sería una ficción inaceptable jurídicamente y, de todas maneras, sería aplicable a ellos la Ley de Amnistía de 1997. A criterio del Grupo de Trabajo, esta combinación de factores es contraria a los principios que emergen de las obligaciones internacionales de España, incluida la Declaración.

El Grupo de Trabajo se encuentra especialmente preocupado por el efecto del juicio al Juez de la Audiencia Nacional, la sentencia del Tribunal Supremo así como la subsecuente decisión del Tribunal Supremo en materia de competencia de los juzgados. La combinación de estos hechos, ha significado en la práctica el cierre, archivo, paralización o mínima investigación de cualquier proceso para esclarecer y juzgar los miles de casos de desapariciones forzadas cometidos durante la Guerra Civil española y la dictadura. Con posterioridad a las decisiones del Tribunal Supremo, prácticamente ningún juez inició, continuó o profundizó ni ningún fiscal impulsó investigación alguna sobre desapariciones forzadas.

La desaparición forzada es un delito continuado y una vulneración permanente de los derechos humanos mientras no se hayan esclarecido la suerte y el paradero de las víctimas (artículo 17 de la Declaración). Una desaparición forzada es un acto único y consolidado y no una combinación de actos aislados e inconexos. Aun cuando varios aspectos de la desaparición forzada puedan haberse completado años o décadas atrás, si otras partes de la desaparición persisten, especialmente si no se determina la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso por parte de los tribunales penales y no deberá fragmentarse el acto de la desaparición forzada.

Adicionalmente, no se ha tenido en cuenta que el carácter de delito de lesa humanidad de las desapariciones cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura. Esta interpretación es contraria a las obligaciones internacionales de España y se recomienda su modificación. **El Grupo de Trabajo insta al Estado español a juzgar las desapariciones forzadas a la luz de estas obligaciones internacionales y a establecer legislativamente la imprescriptibilidad de las desapariciones forzadas o la determinación de que la prescripción solo puede comenzar a computarse a partir del cese de la desaparición forzada.**

En octubre de 1977, España aprobó una Ley de Amnistía con un amplio apoyo parlamentario. Según la información recibida por el Grupo de Trabajo, las autoridades españolas y gran parte de la sociedad ven a esta Ley de Amnistía como una pieza fundamental que permitió una transición pacífica de la dictadura a un Estado de Derecho. Se le explicó al Grupo de Trabajo que la ley de amnistía española no es una “ley de punto final”. Al respecto, el artículo 18 de la Declaración es categórico en indicar que los autores o presuntos autores de actos de desaparición forzada no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. Una ley de amnistía no debe permitir el término de la obligación del

Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de las desapariciones. **El Grupo de Trabajo insta al Estado a adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto la Ley de Amnistía de 1977, como ya ha sido recomendado por distintos organismos internacionales.**

De acuerdo a la información recibida, cuando se procura proceder a realizar una excavación y exhumación de una presunta fosa común o de algún lugar donde presuntamente podrían estar enterradas personas desaparecidas, los jueces, fiscales o policías no se apersonan bajo el argumento que ello no sería parte de una investigación penal. Esta decisión constituye una omisión grave de parte de las autoridades judiciales y de procuración de justicia de investigar de oficio la potencial comisión de cualquier delito y especialmente una desaparición forzada. Hasta tanto y en cuanto, no se realice la apropiada identificación científica de los restos, fechas y causas de las muertes y no haya una determinación judicial de la configuración de un delito, de los posibles responsables y si operan causas de extinción de la acción o la pena, los jueces no pueden a priori prejuzgar sobre las mismas a riesgo de violar principios fundamentales del derecho. En otros casos, los juzgados se remiten a la Ley de Memoria Histórica debido a que la jurisdicción penal no sería el cauce adecuado para la determinación de la verdad sobre la persona desaparecida. **El Grupo de Trabajo llama a que los responsables de la administración y procuración de justicia se apersonen en el momento de las realizaciones de las exhumaciones y luego analicen y actúen sobre los resultados que las mismas arrojan.**

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en su Artículo 23 recogía una amplia concepción de la jurisdicción universal. Gracias a ello, la justicia española realizó importantísimas contribuciones al desarrollo de la jurisdicción universal mediante la investigación judicial y juzgamiento de casos de crímenes internacionales incluidas las desapariciones forzadas. Esta intervención de la judicatura española fue asimismo esencial para fortalecer procesos judiciales domésticos en los países sobre los cuales se había ejercido la jurisdicción universal, permitiendo que se reabrieran o iniciaran causas por desapariciones forzadas. Ello demuestra la capacidad de la judicatura española de investigar seria y sancionar cabalmente las graves violaciones a los derechos humanos, incluidas las desapariciones forzadas.

Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, ha restringido de manera considerable la competencia de los tribunales españoles y la aplicación del principio de jurisdicción universal. En aplicación de esta Ley por lo menos dos querellas que incluían alegaciones de desapariciones forzadas han sido archivadas. **El Grupo de Trabajo llama a los tribunales españoles a asegurar que esta reforma no obstaculice el ejercicio de su jurisdicción universal sobre actos de desaparición forzada.**

Frente a la referida situación de impunidad de los responsables de desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y la dictadura, víctimas españolas han solicitado a los tribunales de Argentina ejercer la jurisdicción universal. **El Grupo de Trabajo insta al Estado español a prestar todo el auxilio judicial en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a delitos de desaparición forzada que se lleve a cabo en cualquier país por casos de desapariciones forzadas en España.**

Concienciación pública, educación en derechos humanos y otras medidas preventivas

Un elemento esencial para evitar que las desapariciones forzadas vuelvan a cometerse en el futuro es que se garantice una profunda conciencia pública de lo que sucedió, que se eduque adecuadamente a las futuras generaciones sobre el pasado y que la sociedad y en particular los funcionarios públicos reciban suficiente capacitación en materia de derechos humanos. En este sentido, el Grupo de Trabajo recibió con beneplácito la información de que las capacitaciones destinadas a las Fuerzas Armadas incluyen las asignaturas de derechos humanos y derecho internacional humanitario. **El Grupo de Trabajo destaca la importancia de que en la formación del personal militar y de policía, así como del personal médico, los funcionarios y otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad, se incluya la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones pertinentes de la Declaración.**

Como importante medida preventiva, la Declaración, en sus artículos 10 a 12, requiere que las privaciones de la libertad de las personas se realicen con el más estricto apego a la normativa nacional e internacional relativa a los derechos humanos. Al respecto, los Artículos 509 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen un régimen de incomunicación. De acuerdo a la legislación española el juez de instrucción pueda ordenar que una persona detenida permanezca incomunicada hasta cinco días en cualquier caso y hasta 13 días si el detenido es sospechoso de integrar o estar relacionado con bandas armadas o de delitos de terrorismo. Durante ese plazo el detenido no tiene derecho a contar con un abogado de su elección ni consultar con un abogado en privado, ni a comunicarse con un familiar u otra persona de su elección el hecho y lugar de su detención ni a ser examinado por un médico de su elección. **El Grupo de Trabajo recomienda que se deroguen los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen el régimen de incomunicación.**

Instituciones nacionales de derechos humanos

La Constitución prevé la creación de un Defensor del Pueblo, mientras que los estatutos de las comunidades autónomas disponen el establecimiento de defensores del pueblo. El artículo 54 de la Constitución define el Defensor del Pueblo como alto comisionado del Parlamento, designado por el Parlamento, con la responsabilidad de defender los derechos contenidos en la Constitución. En cumplimiento de este mandato, el Defensor del Pueblo está facultado para supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta al Parlamento. Además, el Defensor del Pueblo, como defensor de los derechos individuales, puede solicitar el amparo de la persona y tiene poder especial para solicitar la revisión judicial de inconstitucionalidad. El Defensor del Pueblo de España tiene mandato para hacer frente a todas las violaciones de derechos humanos cometidas por la administración del Estado o de la administración de un gobierno autonómico, mientras que el mandato de un Defensor provincial es tratar exclusivamente la violación a los derechos humanos de un gobierno autonómico. En la práctica, no existe claridad de cómo se resuelve un potencial conflicto de responsabilidad en el caso de violación de derechos humanos cometida a nivel autonómico donde ambos Defensores podrían intervenir.

Las instituciones de Defensoría han registrado casos relacionados sobre desapariciones forzadas, en particular los casos de niños robados. El Defensor del Pueblo del País Vasco ha producido importantes estudios en esta materia. Algunas también han procurado resolver los problemas de comunicación entre la administración y las víctimas y sus representantes.

Existe poca coordinación entre el Defensor del Pueblo de España y los defensores de las comunidades autónomas. Los defensores del pueblo estatal y de las comunidades se eligen mediante votaciones por mayoría cualificada por los respectivos Parlamentos, sobre la base de la nominación de los partidos políticos. No existe un procedimiento transparente o de participación de la sociedad civil en el proceso de selección ni garantías de la independencia del Defensor del Pueblo elegido. El Grupo de Trabajo recuerda la necesidad de que la elección del Defensor del Pueblo a nivel estatal y autonómico debe ser realizada de conformidad con los Principios de París.

Plan Nacional de Acción

En España se ha adoptado el Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos para el período 2008-2012, mientras que el nuevo Plan Nacional de Acción se encuentra todavía en el proceso de redacción. Según la información recibida, el proyecto de Plan Nacional de Acción no incluye medidas relacionadas con los derechos de las víctimas de desapariciones forzadas. **El Grupo de Trabajo recomienda que el proceso de incorporación del Plan Nacional de Acción incluya plena participación de los diferentes Defensores del Pueblo y de la sociedad civil. Asimismo, el Plan Nacional de Acción debe establecer medidas concretas con claros objetivos en tema de desapariciones forzadas.**

Observaciones finales

El Grupo de Trabajo aprecia la información sustantiva que diversas autoridades, organizaciones de la sociedad civil, familiares y víctimas le brindaron con el fin de comprender mejor el fenómeno de las desapariciones forzadas en España.

Desde el retorno a la democracia se han dado tímidos pasos para asegurar la verdad, la justicia, la reparación y la memoria frente a las desapariciones forzadas cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura. La adopción de la Ley de Memoria Histórica, los cientos de exhumaciones, el mapa identificando la ubicación de fosas comunes, las subvenciones a víctimas, el proceso penal iniciado por el Juzgado de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional, los memoriales construidos, las leyes y protocolos adoptados e instituciones creadas por Comunidades Autónomas como Cataluña, el País Vasco, Andalucía, representan avances concretos y valorables.

Estos avances se han logrado gracias a iniciativas, muchas de las cuales han sido impulsadas o llevadas a cabo principal o exclusivamente por familiares de las víctimas o por la sociedad civil y algunos sectores estatales, principalmente en algunas comunidades autónomas. El Estado debería asumir su responsabilidad y un rol de liderazgo para asegurar que estas iniciativas son parte de una

política de Estado comprensiva, coherente y permanente, cooperativa y colaborativa. Todas las actividades en materia de desapariciones forzadas deben tener en cuenta la perspectiva de género.

En todos los sitios visitados durante esta semana el Grupo de Trabajo se ha reunido con centenares de familiares. Prácticamente todos han manifestado una profunda frustración frente a los obstáculos administrativos y las dificultades a acceder a la información necesaria para esclarecer la suerte y el paradero de sus seres queridos. Dado el trascurso del tiempo desde que la mayor parte de las desapariciones forzadas comenzaron a ejecutarse y la edad muy avanzada de muchos testigos y familiares es urgente que el Estado ponga como una inmediata prioridad la búsqueda de la verdad y en particular sobre la suerte y el paradero de las personas desaparecidas. El Grupo de Trabajo reitera que “Existe una obligación absoluta de tomar todas las medidas necesarias para encontrar a la persona, pero no existe una obligación absoluta de obtener resultados. De hecho, en determinados casos, el esclarecimiento es difícil o imposible [...] Con todo, el Estado tiene la obligación de investigar hasta que pueda determinar, por presunción, la suerte o el paradero de la persona.”

Otros importantes desafíos persisten en España. El Grupo de Trabajo desea llamar la atención especialmente sobre el limitado alcance de la Ley de Memoria Histórica y la carencia de presupuesto para su implementación, la vigencia de la Ley de Amnistía, la impunidad para todos los casos de desapariciones forzadas, la ausencia de un delito autónomo de desaparición forzada, la falta de una ley de acceso a la información y la dificultad para acceder a los archivos, la carencia de un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas, entre otros.

El Grupo de Trabajo subraya que los derechos procesales a una investigación, a la verdad y a la justicia son igualmente fundamentales para la percepción de reparación de las víctimas. Incluso, en algunos casos, el proceso de verdad y justicia puede constituir en sí mismo una forma de reparación. El Grupo de Trabajo reitera su solidaridad con las víctimas de desaparición forzada y sus familias. Su constante sufrimiento es la prueba palpable de que la desaparición forzada es un delito continuado y una permanente violación de los derechos humanos hasta que la suerte o el paradero de la víctima se hayan esclarecido.

El Grupo de Trabajo insiste que estas son observaciones preliminares. El análisis de la información recibida durante y con posterioridad a la visita, así como la valoración relativa a los lugares visitados, serán considerados en la elaboración del informe que se presentará al Consejo de Derechos Humanos. El Grupo de Trabajo manifiesta su disposición para continuar el diálogo constructivo con el Estado español y expresa su ofrecimiento para brindar su asistencia en la plena aplicación de la Declaración.

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