

La transición española ante los sistemas universal y europeo de protección de los derechos humanos

The Spanish transition before the Universal and European system of human rights protection

Jorge Rodríguez Rodríguez*

doi: 10.18543/aahdh-13-2015pp63-89

Fecha de recepción: 31/05/2015

Fecha de aceptación: 15/10/2015

Sumario: 1. España y el concepto de justicia de transición. 2. Un pequeño acercamiento a la Ley de amnistía y a la «Ley de Memoria Histórica». 3. La gestión de la transición española ante Naciones Unidas. 4. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. Consideraciones y retos futuros.

Resumen: Durante los últimos años, y con mayor énfasis en el último lustro, la Organización de Naciones Unidas ha mostrado gran preocupación por la situación de las víctimas de la Guerra Civil española y la posterior represión franquista, recomendando al Estado español modificaciones legislativas y profundos cambios institucionales orientados a una mejor protección y reconocimiento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de este colectivo, así como políticas dirigidas a la no repetición de los acontecimientos represivos. Paralelamente, las víctimas y organizaciones de la sociedad civil, haciendo efectiva la membresía del Estado español en el Consejo de Europa, han acudido en ocho ocasiones ante la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en reclamo de estos mismos derechos, sin que hasta la fecha este tribunal haya considerado que cuenta con jurisdicción para pronunciarse al respecto.

Palabras clave: transición española, memoria histórica, verdad, justicia, reparación, Organización de Naciones Unidas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract: Over the past few years, but especially on the last lustrum, the United Nations has shown a deep concern about the situation of the Spanish Civil

* Abogado, doctorando en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y coordinador del Grupo de Trabajo de Justicia de Transición de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

War and the Franco's regime victims. Therefore the United Nations has recommend to Spain a series of legislative and institutional modifications in order to achieve a better protection of the rights to truth, justice, reparation and guarantees in order to avoid any future repetition of this sort of human rights violations. In this regard, victims and civil society organizations have sued eight times before the European Court of Human Rights the protection of these rights. Nonetheless, the Court has considered in every case that has no jurisdiction to pronounce about this matter.

Keywords: Spanish transition, historical memory, truth, justice, reparation, United Nations, European Court of Human Rights.

1. España y el concepto de justicia de transición

Como primer punto de apoyo que nos ayudará a abordar y evaluar el tratamiento de la transición por el Estado español, es indispensable que definamos el concepto justicia de transición. Para ello nos referiremos a la definición dada por el *International Center for Transitional Justice*: «La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado». La gestión de este período se basa en el respeto de tres derechos de las víctimas que se advierten esenciales: verdad, justicia y reparación, junto con una medida transversal, y muchas veces olvidada, como son las garantías de no repetición.

A lo largo de la historia han existido diferentes experiencias transicionales donde distintos Estados, con más o menos fortuna, han aplicado varios mecanismos de justicia de transición orientados a la superación del conflicto pasado; superación que, teóricamente, culmina con la reconciliación de la sociedad. Entre estas medidas encontramos: procesos judiciales, comisiones de la verdad, programas de reparaciones y purgas en la administración con vistas, estas últimas, a que los antiguos responsables de cometer violaciones de derechos humanos no continúen ocupando puestos de responsabilidad en las, teóricamente, renovadas instituciones públicas.

Por el contrario, hay experiencias transicionales en las que el camino seguido se aleja ostensiblemente de la toma de medidas de este calado. Los motivos suelen ser dos. En primer lugar, por encontramos con una fuerte oposición por parte de poderes fácticos, aún influyentes en la sociedad, como el ejército, los cuales impiden cualquier progreso de medidas orientadas a la verdad, la reparación y mucho menos procesos penales. En segundo lugar, por lo que podríamos llamar un «pacto de silencio», en el que las fuerzas políticas, gestoras del período transicional, acuerdan que el mejor camino hacia la reconciliación es el silencio y el olvido del pasado. Entre las medidas tomadas en esta clase de transiciones sobresalen, por encima de cualquier otra, las leyes de amnistía y los indultos.

Como se expondrá a continuación, la gestión de la transición por España dista mucho de adaptarse a los estándares internacionales que deben gobernar todo período transicional que pretenda respetar los derechos de las víctimas. Sin embargo, no sólo el comportamiento del Estado español durante la transición para con éstas puede ser objeto de reproche, sino también su actitud actual ante esta problemática. Y es aquí donde reside su posición: ve como un problema del pasado una situación actual.

En efecto, organismos internacionales han criticado durante los últimos años la gestión que se hizo, y que se sigue haciendo, de la transición española, teniendo como hilo conductor de estas críticas tres medidas fun-

damentales: la aprobación y continuo mantenimiento de la Ley de amnistía¹, las insuficiencias de la conocida como «Ley de Memoria Histórica»² y la falta de constitución de una comisión de la verdad que investigue los hechos acaecidos durante el período represivo.

Cada una de estas reivindicaciones (las cuales se concretarán a continuación) responde a una vulneración de cada uno de los tres derechos a respetar en toda transición (verdad, justicia y reparación). Sin embargo, es necesario realizar una importante puntualización: la inevitable interrelación entre cada uno de ellos. En efecto, una medida orientada al conocimiento de la verdad (como la constitución de una comisión de la verdad) puede repercutir directamente en los derechos a la justicia y la reparación (lo cual también se pondrá de manifiesto *infra*). No obstante, a los fines de este trabajo vincularemos directamente los pronunciamientos de los órganos internacionales de protección de derechos humanos respecto al mantenimiento de la Ley de amnistía, como un fallo del Estado español en el respeto del derecho a la justicia de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo; respecto a la necesidad de constituir una comisión de la verdad, como una violación del derecho a la verdad; y los pronunciamientos en relación con la «Ley de Memoria Histórica», estarán conectados con insuficiencias en el respeto al derecho a la reparación.

2. Un pequeño acercamiento a la Ley de amnistía y a la «Ley de Memoria Histórica»

La posición de España dentro del segundo grupo de transiciones anteriormente descritas, donde priman el silencio y el olvido, es clara y notoria. Tras la muerte del dictador Francisco Franco, el 20 de noviembre de 1975, la maquinaria política y judicial del régimen empezó a moverse intentando garantizar una plácida transición hacia un nuevo orden político³. Para ello, la primera medida tomada fue la adopción de una ley que amnistiara «los

¹ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. BOE núm. 248, de 17 de octubre de 1977, pp. 22765-22766.

² Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la cual se reconocen y amplían derechos y establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007, pp. 53410-53416.

³ El dato que revela que la transición estuvo muy lejos de constituir un período pacífico lo constatan las cuatrocientas ochenta y cuatro víctimas mortales causadas por las acciones de grupos terroristas del extremismo de derecha e izquierda y las setenta y seis muertes violentas como resultado de la intervención de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que se produjeron entre la fecha de la muerte del dictador Franco (noviembre de 1975) y la victoria del PSOE en las elecciones generales (octubre de 1982). Véase, Mayayo (2006: 11-66).

delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley»⁴ y «los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas»⁵.

La adopción de esta ley supondría dar carpetazo a cualquier iniciativa judicial que, en un futuro, pudiera investigar «los delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis»⁶ y, por ende, la posibilidad de que aquéllos que cometieron violaciones de derechos humanos durante la Guerra Civil y la posterior represión franquista respondieran por ello. Sin embargo, esta falta de investigación no afecta únicamente al derecho de las víctimas a la justicia, pues debido a la ausencia de ésta contamos, dentro del contexto español y de forma paralela a las carencias judiciales, con un grave desconocimiento sobre determinados acontecimientos del pasado. El derecho a la verdad, entendido aquí como un derecho independiente al de justicia y dentro de un contexto de transición política⁷, supone el derecho que tienen tanto las víctimas como la sociedad en su conjunto al conocimiento de ciertos extremos ocurridos en un período de violaciones de derechos humanos, como pudieran ser *inter alia*: las circunstancias en las que estas violaciones se llevaron a cabo o la identidad de los perpetradores.

Por su parte, la «Ley de Memoria Histórica» de 2007 no cuestiona la decisión política de mantener la impunidad y no investigación de los crímenes cometidos durante ese período histórico, derivada de la aplicación de la Ley de amnistía de 1977. En efecto, esta ley contempla únicamente medidas de indemnización y reparación a las víctimas. Fue considerada como una oportunidad para dar solución a problemas tan sensibles para las víctimas como la colaboración de las Administraciones Públicas en materia de búsqueda de personas desaparecidas, exhumación en fosas comunes, conocimiento de las circunstancias de la desaparición o la anulación de las condenas penales dictadas por los consejos de guerra y tribunales franquistas, pretensiones todas ellas reivindicadas por las víctimas desde hacía tiempo.

Sin embargo, tales problemas no fueron ni han sido resueltos a la fecha por esta ley, sobre todo si la comparamos con lo establecido en instru-

⁴ Art.2.e.

⁵ Art.2.f.

⁶ Art.1.a.

⁷ Para un análisis sobre la reglamentación internacional de este derecho y su independencia dentro del ordenamiento internacional véase: Rodríguez (2014).

mentos internacionales como la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁸ o la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CDF⁹), al contener únicamente una serie de recomendaciones y parámetros de actuación dirigidas a las Administraciones Públicas, sin imponer a las mismas verdaderas obligaciones de hacer. Igualmente, ninguna de sus disposiciones contiene referencia alguna a la categoría de *víctima*, ni a los derechos que deben serle reconocidos, haciendo referencia, únicamente, al derecho de los ciudadanos a la recuperación de la memoria personal y familiar¹⁰.

3. La gestión de la transición española ante Naciones Unidas

La Ley de amnistía de 1977 ha estado en el punto de mira de los distintos mecanismos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas en sus distintos pronunciamientos sobre España. Ya en 2008 el Comité de Derechos Humanos (órgano encargado de monitorear el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹) en el marco de su quinto informe periódico a España, estableció lo siguiente:

«Aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, preocupa al Comité el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. El Estado parte debería: a) considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977; b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura encargada de restablecer la verdad histórica sobre las vio-

⁸ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

⁹ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, ratificada por España el 24 de septiembre de 2009. *BOE* núm. 42 de 18 de febrero de 2011, pp. 18254-18271. A octubre de 2014 cuenta con 43 Estados Parte.

¹⁰ Artículo 2, Ley 52/2007, de 26 de diciembre... *doc. cit.*

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977. *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9337 a 9343. A octubre de 2014 cuenta con 168 Estados Parte.

laciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura»¹².

Esta preocupación también fue resaltada de nuevo en 2015, en su sexto informe periódico a España, donde de nuevo el Comité de Derechos Humanos recomendaba a España que derogara la Ley de amnistía o que «se la enmiende para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto»¹³.

Así, la derogación de la Ley de amnistía es vista por parte de los órganos de protección de derechos humanos como una disposición que no únicamente viola el derecho a la justicia de las víctimas sino, de igual modo, el derecho a la verdad al impedir cualquier tipo de investigación. Debido a ello, tanto el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales de 2008, al igual que otros como veremos *infra*, recomendó al Estado español la constitución de una «comisión de expertos independientes» que realicen una investigación con vistas a que la sociedad española posea, al fin, un relato sobre los sucedido en el período represivo¹⁴.

Paralelamente, este órgano se refirió de forma positiva a la aprobación de la «Ley de Memoria Histórica». Sin embargo, puso en duda la efectividad con la cual estaba siendo aplicada:

«El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la memoria histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, toma nota también con preocupación de las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identifica-

¹² Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: España*, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párr. 9. La adecuación de la Ley de amnistía a los derechos afianzados en el PIDCP ha sido objeto de un intenso debate dentro de la doctrina, pues, si se acude a las fechas de entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español de ambas disposiciones, puede apreciarse que al momento de entrada en vigor de la Ley de amnistía, el PIDCP ya era vinculante para el Estado español, viéndose, por tanto, obligado a investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado. Para una visión más en profundidad sobre esta cuestión pueden consultarse: Chinchón (2008), y Villán y Faleh (2008). Para una visión contraria a lo sostenido por estos autores puede consultarse Gil Gil (2010).

¹³ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: España*, Doc. CCPR/C/ESP/CO/6, 20 de julio de 2015, párr. 21.

¹⁴ En sus observaciones finales de 2015 el Comité DH se limitó a expresar que «El Estado parte debe impulsar activamente las investigaciones respecto de todas las violaciones a los derechos humanos del pasado», obviando de esa manera una referencia explícita al tipo de mecanismo a implementar para liderar esta investigación, como sí hiciera en 2008. *Ibid.*

ción de las personas desaparecidas (...). El Estado parte debería: d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas»¹⁵.

Siguiendo esta misma línea, en 2009 el Comité contra la Tortura (órgano encargado de monitorear la Convención contra la Tortura¹⁶), dentro de sus observaciones finales al quinto informe periódico a España, se pronunció, en el marco de su competencia, sobre el mantenimiento de la Ley de amnistía en el ordenamiento español, debido a que impedía la investigación y juzgamiento de las torturas ocurridas durante la Guerra Civil y el franquismo:

«Si bien toma nota de que el Estado parte señaló que la Convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de Amnistía de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley, el Comité quiere reiterar que, en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción. El Comité además ha recibido distintas interpretaciones sobre el apartado c) del artículo primero de la Ley de amnistía —que prevé que la amnistía no se aplicará si los actos han «*supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas*»— en el sentido que el mismo excluiría en todo caso la tortura de los delitos amnistiados»¹⁷.

Como ya ocurriera con el Comité de Derechos Humanos, en 2015 la utilización de la Ley de amnistía como medio para obviar la investigación de los delitos cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo volvió a ser parte de las preocupaciones del Comité contra la Tortura, el cual dispuso:

¹⁵ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: España*, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párr.9. En sus observaciones finales de 2015 el Comité DH omitió referirse de forma directa a la «Ley de Memoria Histórica», estableciendo únicamente que: «El Comité está preocupado por las lagunas y deficiencias en la regulación de los procedimientos de búsqueda, exhumación e identificación de personas desaparecidas, en particular, por el hecho de que la localización e identificación de personas desaparecidas se dejan a cargo de la iniciativa de los familiares, y por las desigualdades que de ello resulta para las víctimas dependiendo de la región de que se trate». *Ibid*.

¹⁶ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984. Ratificada por España el 21 de octubre de 1987. BOE núm. 268 de 9 de noviembre de 1987. A octubre de 2014 ha sido ratificada por 156 Estados.

¹⁷ Comité contra la Tortura, *Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: España*, Doc. CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009, párr. 21.

«El Comité observa con seria preocupación que la Ley de Amnistía de 1977 sigue vigente hoy en día. Asimismo, preocupa al Comité que el Tribunal Supremo estableció que no procede la investigación penal por casos de violaciones graves de los derechos humanos ocurridos durante la Guerra Civil y el franquismo (1936-1975) puesto que, entre otros motivos, dichos delitos habrían prescrito, los presuntos responsables estarían muertos o les sería aplicable la Ley de Amnistía de 1977 (arts. 12, 13 y 14).

El Comité urge al Estado Parte a adoptar todas las medidas necesarias legislativas y de otro índole para asegurar que los actos de tortura, incluidas las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía o prescripción, y que esta prohibición se cumpla escrupulosamente en la práctica»¹⁸.

Más allá de los pronunciamientos de estos dos comités, otros órganos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas también se han manifestado sobre la situación de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España. Muestra de este interés fue la coincidencia en un lapso de cinco meses de la visita *in loco* del Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas e Involuntarias (septiembre de 2013 —GTDFI—), del primer examen a España por parte del Comité contra la Desaparición Forzada, órgano controlador de la CDF (noviembre de 2013) y la visita del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (enero de 2014 —REVJR—)¹⁹.

Empezando por el primer organismo, el GTDFI no fue la primera vez que se refirió a la situación de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo²⁰, sin embargo, sí constituyó la primera vez en la que este orga-

¹⁸ Comité contra la Tortura, *Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: España*, Doc. CAT/C/ESP/CO/6, 15 de mayo de 2015, párr.15.

¹⁹ Para una visión y un análisis más extenso sobre estos pronunciamientos puede consultarse: Rodríguez Rodríguez (2014: 214-228).

²⁰ Destacamos aquí sus observaciones a España de 2009, donde expuso: «El Grupo de Trabajo recuerda al Gobierno sus obligaciones con arreglo a la Declaración, en particular, que todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (art. 4.1) y que los Estados realizarán investigaciones exhaustivas e imparciales mientras no se haya aclarado la suerte de la víctima de una desaparición forzada (artículo 13.6)», Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas e Involuntarias*, Doc. A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, párr.502. Igualmente, el GTDFI en 2011 contempló respecto a la situación en España: «El Grupo de Trabajo recuerda su comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado, según el cual “las desapariciones forzadas son prototípicos actos continuos”. El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo en que el delito tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida. En el comentario general también se señala que: “En la medida de lo posible, los tribuna-

nismo se personaba en España dando voz a las víctimas. En su completo informe final sobre su misión a España, de julio de 2014, concluyó dentro de la categoría «Verdad y memoria»:

«Considerar la creación de una comisión de expertos independientes encargada de determinar la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura, en particular las desapariciones forzadas»²¹.

En relación con la aplicación de la «Ley de Memoria Histórica»:

«El Grupo de Trabajo llama la atención sobre el limitado alcance de la Ley de Memoria Histórica y la carencia de presupuesto para su implementación (...).

Con base en las consideraciones anteriores, el Grupo de Trabajo formula las siguientes recomendaciones al Estado español: (...).

- p) Asegurar la coordinación de las actividades de exhumación e identificación y actualización permanente de los mapas de fosas desarrollados de acuerdo a Ley de Memoria Histórica;
- q) Compilar, sistematizar y analizar la información generada a través de la aplicación de la Ley de Memoria Histórica para promover una mejor comprensión de la naturaleza, las causas y el impacto de las desapariciones forzadas y ponerla a disposición del público»²².

Por su parte, respecto a la categoría de justicia:

«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 a la interpretación judicial dada a la Ley de Amnistía de 1977»²³.

Es interesante apuntar acerca de este último pronunciamiento que el GTDFI no recomienda la derogación de la Ley de amnistía sino, como tam-

les y otras instituciones deberían mantener la desaparición forzada como delito continuado o violación de los derechos humanos mientras no se hayan completado todos los elementos del delito o de la violación". Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas e Involuntarias*, Doc. A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, párr. 439.

²¹ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas e Involuntarias. Misión a España*, Doc. A/HRC/27/49/Add.1, 2 de julio de 2014, párr. 67.r).

²² *Ibid.*, párrs. 64 y 67. p) y q).

²³ *Ibid.*, párr. 67. cc.

bién propuso el Comité de Derechos Humanos en 2015, que su interpretación se amoldara a las obligaciones internacionales en investigación de hechos de desaparición forzada. De esta opinión fue también el Comité contra la Desaparición Forzada sobre la posición de la mencionada ley en sus observaciones finales a España:

«(...) exhorta [al Estado español] a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía»²⁴.

Con respecto a las garantías relativas al derecho a la verdad de las víctimas (afianzado en el art. 24.2 de la CDF), el Comité contra la Desaparición Forzada recomendó al Estado español «considerar la creación de una comisión de expertos independientes encargada de determinar la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, en particular las desapariciones forzadas»²⁵. Por su parte, respecto a la «Ley de Memoria Histórica», como ya hicieran el Comité de

²⁴ Comité contra la Desaparición Forzada, *Observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada: España*, Doc. CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párr. 12. El Comité contra la Desaparición Forzada se refirió a esta interpretación de la Ley de amnistía, contraponiéndola a la interpretación que de ella había realizado dos años atrás el Tribunal Supremo en su ya famosa sentencia, de febrero de 2012, por la cual absolvía de prevaricación al magistrado Baltasar Garzón, no sin antes criticar duramente su actuación a la hora de incoar una investigación de los crímenes del franquismo. En relación a la Ley de amnistía el Alto Tribunal, obviando que el PIDCP se firmó de forma anterior a la aprobación de la Ley de amnistía, contempló: «En otro orden de cosas, ha de recordarse que la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. Esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/1977, de Amnistía». De igual modo, y en referencia clara las observaciones finales que venimos señalando, las cuales ponen de manifiesto el incumplimiento de tratados internacionales ratificados por España: «En este sentido, comprobamos cómo, desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (...). Se trata de recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento». Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 101/2012 de 27 de febrero de 2012, pp. 19-20.

²⁵ Comité contra la Desaparición Forzada, *Observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada: España*, Doc. CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párr. 33.

Derechos Humanos y el GTDFI, tras congratularse por su adopción, estableció:

«Sin embargo, nota que las medidas que esa ley prevé para la localización e identificación de las personas desaparecidas dependen de la iniciativa de los familiares. Asimismo, le inquieta la información recibida sobre los diversos obstáculos con los que los familiares se habrían enfrentado en sus búsquedas (...).

(...) el Comité recomienda que el Estado parte adopte todas las medidas necesarias, incluyendo la asignación de los recursos de personal, técnicos y financieros suficientes, para la búsqueda y esclarecimiento de la suerte de las personas desaparecidas»²⁶.

Por último, igual oportunidad tuvieron las víctimas de exponer sus casos ante el REVJR, Pablo de Greiff, que realizó su primera visita oficial a España entre los días 21 de enero y 3 de febrero de 2014. Durante la misma, el REVJR visitó Madrid, Cataluña, Andalucía y Galicia y se reunió con representantes de varios sectores del Estado (entre otros, el ministro de Asuntos Exteriores, representantes del Ministerio Público y del Ministerio de Defensa, Defensores del Pueblo, tanto nacional como autonómicos, incluyendo un encuentro conjunto que reunió a la defensoría central con las ocho autonómicas) y asociaciones de víctimas y de defensores de derechos humanos con vistas a obtener una perspectiva amplia de las medidas que se han implementado en España en referencia a los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición, todas objeto de su mandato (Rodríguez Rodríguez, 2014: 222).

En el informe final a su visita, de julio de 2014, el REVJR expuso:

«(...) el Relator Especial reitera las recomendaciones formuladas por varios mecanismos internacionales de derechos humanos sobre la incompatibilidad de los efectos de la Ley de Amnistía con las obligaciones internacionales adquiridas por España, incluyendo el artículo 2, párr. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Relator Especial señala que estos compromisos fueron contraídos con anterioridad a la adopción de la Ley de Amnistía. En efecto, la Ley fue adoptada el 15 de octubre de 1977 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado el 27 de abril de 1977»²⁷.

²⁶ *Ibid.*, párrs. 31-32.

²⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Doc. A/HRC/27/56/Add.1, 22 de julio de 2014, párr. 71.

Igualmente, acerca de organismos que promuevan la investigación de las violaciones pasadas de derechos humanos:

«El Relator Especial insta a las autoridades a iniciar discusiones serias para el establecimiento de un mecanismo o institución de carácter independiente, pero oficial, cuyo objetivo consista en conseguir un entendimiento exhaustivo de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario que ocurrieron durante la Guerra Civil y el franquismo. Recalca que este mecanismo podría adoptar diferentes modalidades y formatos, incluyendo la forma de una comisión de la verdad»²⁸.

Respecto al programa de reparaciones que contiene la Ley de Memoria Histórica, el REVJR realizó un detallado estudio del contenido de ésta, para llegar finalmente a la misma conclusión que la de los otros organismos anteriormente comentados:

«Evaluar rigurosamente la implementación de la Ley de Memoria Histórica y su uso por parte de las víctimas en aras de ajustar los modelos y medidas a los reclamos de las víctimas, estableciendo canales de comunicación entre las autoridades competentes, las víctimas y asociaciones»²⁹.

La coincidencia, por tanto, en los pronunciamientos de estos órganos internacionales no deja lugar a dudas sobre la falta de adecuación de la gestión de la transición por parte del Estado español a los estándares de Derecho Internacional de forma general, y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de forma particular.

4. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

De unos años a esta parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha venido realizando una adaptación de su jurisprudencia, intentando con ello poder aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) a hechos acaecidos antes de su entrada en vigor. Casos como *Chipre c. Turquía*³⁰, *Šilih c. Eslovenia*³¹ o *Varnava*

²⁸ *Ibid.*, párr. 47.

²⁹ *Ibid.*, párr. 104. b).

³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GS), caso *Chipre c. Turquía*, Demanda núm. 27781/94, sentencia de 10 mayo de 2001.

³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GS), caso *Šilih c. Eslovenia*, Demanda núm. 71463/01, sentencia de 9 de abril de 2009.

c. *Turquía*³² supusieron la inclusión de figuras jurídicas ya consolidadas en la jurisdicción interamericana y en el sistema universal, como la continuidad de los hechos de desaparición forzada o la independencia de la obligación de investigar.

El caso de Gran Sala, *Šilih c. Eslovenia*, versaba sobre la muerte ocurrida por una negligencia médica un año antes de la ratificación del CEDH por este Estado. El TEDH estableció en este particular:

«Against this background, the Court concludes that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent «interference» within the meaning of the *Blečić* judgment (...). In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date»³³.

En este caso el TEDH encuentra una obligación estatal dentro del art. 2, independizada de la infracción material del hecho, como es la investigación de lo sucedido, independientemente de que el objeto de esa investigación se produjera de forma anterior a la entrada en vigor del CEDH para ese Estado (la «fecha crítica»). Sin embargo, el requisito principal que demanda el TEDH para admitir a trámite un caso de estas características es la existencia de un vínculo real («genuine conection») entre la entrada en vigor del CEDH para el Estado demandado y el hecho en cuestión. Este requisito es dividido en dos: la proximidad entre el hecho y la entrada en vigor del CEDH y que la mayor parte de la investigación se haya producido, o debiera de haberse producido, tras la «fecha crítica»³⁴.

Por su parte el caso también de Gran Sala, *Varnava c. Turquía*, consolidaba en el sistema de protección europeo la interpretación ya sostenida en otras jurisdicciones sobre la continuidad de los casos de desapariciones forzadas:

«There is however an important distinction to be drawn in the Court's case-law between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance

³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GS), caso *Varnava y otros c. Turquía*, Demandas Núm. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, sentencia de 18 de septiembre de 2009.

³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GS), caso *Šilih c. Eslovenia*... *doc. cit.*, párr. 159.

³⁴ *Ibid.*, párrs. 162-163. Véase igualmente Chinchón (2013b: 751).

is a distinct phenomenon, characterized by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (...). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an «instantaneous» act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation»³⁵.

Los motivos que llevaron al TEDH a incluir esta interpretación dentro de su jurisprudencia son los mismos que movieron los primeros pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos sobre desapariciones forzadas de principios de los años 80³⁶: la angustia que experimentan los familiares ante el desconocimiento del paradero de los desaparecidos se asemeja a lo experimentado en un caso de tortura; este estado se prolonga hasta que la suerte del desaparecido es hallada y, por tanto, la obligación de investigar estos hechos continúa hasta que ésta es conocida.

El nacimiento de estas dos vertientes jurisprudenciales en el seno del TEDH, aún con algunos detractores dentro de la doctrina, supuso un gran avance dentro de la protección de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos. El entendimiento del CEDH como un «instrumento vivo»³⁷, que deba adaptarse a las necesidades actuales de la sociedad, también fue visto como una nueva vía para la defensa de los derechos de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, ya que hasta entonces (y también con posterioridad) el TEDH había inadmitido toda demanda de víctimas que alegaran violaciones cometidas durante esa época, así como falta de investigación de las mismas dentro de la jurisdicción española.

Según un estudio de Amnistía Internacional³⁸, siete son las denuncias presentadas contra España sobre los crímenes de la Guerra Civil y el fran-

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GS), caso *Varnava y otros c. Turquía...* doc. it., párr.148.

³⁶ Comité de Derechos Humanos, caso *Almeida de Quinteros c. Uruguay*, Comunicación 107/1981, Doc. CCPR/C/19/D/107/1981, 21 de julio de 1983, párr.14.

³⁷ El TEDH entendió que: «The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions», Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), caso *K.A.B. c. España*, Demanda Núm. 59819/08, sentencia de 10 de abril de 2012, párr. 96.

³⁸ Amnistía Internacional (2013): *El tiempo pasa, la impunidad permanece. La jurisdicción universal, una herramienta contra la impunidad para las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Doc. EUR4140013-25120.

quismo, habiendo sido todas subsiguientemente inadmitidas³⁹ (este estudio no incluye la más reciente denuncia de Vicente Lázaro, nieto de un agricultor asesinado en 1936, inadmitida en agosto de 2014, con lo cual son ocho hasta la fecha los casos presentados).

Los motivos por los que el TEDH ha declinado el conocimiento de esta serie de asuntos no han diferido mucho de un caso a otro. Este tribunal se ha limitado a remitirse al incumplimiento de lo contenido en los arts. 34⁴⁰ y 35⁴¹ del CEDH, sin una fundamentación del por qué de ese incumplimiento, salvo en el asunto *Gutiérrez Dorado c. España*, el único caso de los ochos con los que contamos hasta ahora en el que el TEDH pretende realizar una motivación sobre las razones por las cuales inadmite el conocimiento de estos hechos (tal y como sostiene el art. 45.1 del CEDH que contempla que «las resoluciones por las que las demandas se declaren admisibles o no inadmisibles, serán motivadas», por lo que en los demás casos cabría preguntarse si el TEDH no incumple el contenido de este artículo), y que serán las que a continuación analizaremos. Por su parte en el caso *Canales Bermejo c. España*, aparte de apelar a los arts. 34 y 35 del CEDH, aludió a los motivos que ya esgrimió en *Gutiérrez Dorado c. España*.

Antes de analizar los razonamientos dados por el TEDH para la inadmisión del asunto *Gutiérrez Dorado c. España*, y como advertencia prelimi-

³⁹ *Baena Alonso c. España* (2005); *Gutiérrez Dorado c. España* (2012); *Forum per la Memòria del País Valencià c. España* (2012); *Unión General de los Trabajadores c. España* (2012); *Negrín Fetter y otros c. España* (2012); *Canales Bermejo c. España* (2012); *Fernando León González y María Martín López c. España* (2013). *Ibid.*, pp. 11-12.

⁴⁰ «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

⁴¹ «1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva. 2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34 cuando: a) sea anónima; o b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de acuerdo, y no contenga hechos nuevos. 3. El Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional. 4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento».

nar, nos referiremos a la acertada valoración que de ellos realizó Alicia Gil: «El TEDH parece haber resuelto el tema de las víctimas de la guerra civil y del franquismo de la forma más cómoda para él, es decir, evitando pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas más peliagudas y discutidas, que en muchas ocasiones su propia jurisprudencia había suscitado (...). Y elude pronunciarse sobre temas tan difíciles y debatidos como la compatibilidad de la ley de amnistía con los convenios de derechos humanos u otros textos internacionales o la posibilidad/obligación de aplicación retroactiva de las figuras del Derecho penal internacional y de su pretendido régimen especial en materias como el principio de legalidad, la prescripción, etc.» (Gil Gil, 2012: 15-29. En efecto, en definitiva el TEDH lejos de dar una visión sobre la adecuación del comportamiento del Estado español para con las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, examina las acciones judiciales emprendidas por éstas antes de llegar ante su jurisdicción, concluyendo y constatando que, en definitiva, los demandantes no habían mostrado la «debida diligencia».

Para llegar a esta conclusión, el TEDH estableció que sobre los hechos materiales no tendría competencia temporal para pronunciarse por haber sido cometidos antes de la «fecha crítica», que para España sería el 4 de octubre de 1979, es decir, más de cuarenta y tres años después de haberse cometido los hechos⁴². Sin embargo, siguiendo la jurisprudencia ya analizada, el TEDH tuvo que pronunciarse sobre la obligación procesal independiente que emana del art. 2: la investigación de estos hechos; debiendo de aplicar a este caso los requisitos que el propio tribunal se impuso.

Según el TEDH, este asunto no cumplía uno de esos requisitos: la existencia de una «genuine connection» entre la entrada en vigor del CEDH para el Estado demandado y el hecho en cuestión, debido a que son circunstancias separadas por cuarenta y tres años⁴³. Sin embargo, tal y como Javier Chinchón puso de manifiesto, el TEDH obvió uno de los dos requerimientos que ya argüimos para definir esta «genuine connection» en *Šilih c. Eslovenia*: la necesidad de que la investigación tuviera que haberse iniciado en su mayor parte tras la fecha crítica. Esta apreciación, a pesar de que el propio TEDH reconoció posteriormente que en España esto no fue posible hasta mediados o finales de los años 70⁴⁴, no se tuvo en cuenta en la consideración de este primer punto (Chinchón, 2013: 752).

⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), caso *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España*, Demanda Núm. 30141/09, 3 de abril de 2012, párr. 34.

⁴³ *Ibid.*, párr. 36.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 39.

Posteriormente, y en referencia a la consideración del hecho como continuado, el TEDH atendió a la jurisprudencia del caso *Varnava y otros c. Turquía*, en la cual, aparte de reconocer el carácter continuado de la desaparición forzada, también se establecían requisitos procesales para la admisión de demandas de este calado:

«Nonetheless, the Court considers that applications can be rejected as out of time in disappearance cases where there has been excessive or unexplained delay on the part of applicants once they have, or should have, become aware that no investigation has been instigated or that the investigation has lapsed into inaction or become ineffective and, in any of those eventualities, there is no immediate, realistic prospect of an effective investigation being provided in the future. Where there are initiatives being pursued in regard to a disappearance situation, applicants may reasonably await developments which could resolve crucial factual or legal issues. Indeed, as long as there is some meaningful contact between families and authorities concerning complaints and requests for information, or some indication, or realistic possibility, of progress in investigative measures, considerations of undue delay will not generally arise. However, where there has been a considerable lapse of time, and there have been significant delays and lulls in investigative activity, there will come a moment when the relatives must realise that no effective investigation has been, or will be provided. When this stage is reached will depend, unavoidably, on the circumstances of the particular case.

In a complex disappearance situation such as the present, arising in a situation of international conflict, where it is alleged that there is a complete absence of any investigation or meaningful contact with the authorities, it may be expected that the relatives bring the case within, at most, several years of the incident. If there is an investigation of sorts, even if sporadic and plagued by problems, the relatives may reasonably wait some years longer until hope of progress being made has effectively evaporated. Where more than ten years has elapsed, the applicants would generally have to show convincingly that there was some ongoing, and concrete, advance being achieved to justify further delay in coming to Strasbourg. Stricter expectations would apply in cases where the applicants have direct domestic access to the investigative authorities»⁴⁵.

En este caso concreto, el TEDH entendió que no se daban los requerimientos allí expuestos debido a que los demandantes no habían mostrado la debida diligencia a la hora de presentar la demanda ante su jurisdicción. Si bien es cierto que el TEDH entendió (como hemos mencionado *supra*)

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GS), caso *Varnava y otros c. Turquía*, *doc. cit.*, párrs. 165-166.

que en España había dificultades para interponer una denuncia ante los tribunales internos (incluso habiendo Franco fallecido) debido a la Ley de amnistía⁴⁶, para demostrar que los demandantes habían incumplido el requisito de la debida diligencia, el TEDH se limitó a reunir todas las acciones judiciales emprendidas por éstos antes de llegar a su jurisdicción (en 2009), como muestra de que, a pesar de las circunstancias, podrían haber acudido antes a Estrasburgo.

La mayor crítica que podría argüirse contra este pronunciamiento del TEDH es el haber basado su pronunciamiento en «el mal hacer» de los demandantes (las víctimas), obviando en todo momento el comportamiento del Estado, ejemplificado en toda una serie de trabas administrativas, legales y políticas que han intentado ser sorteadas por los demandantes del presente caso y, en general, por toda víctima que se haya atrevido llegar ante la jurisdicción europea en derechos humanos.

Como forma más concreta de entender la apelación a la «falta de diligencia debida», el TEDH se refirió a que para los demandantes «it must have been apparent to the applicants that there was not any realistic hope of progress in either finding the body or accounting for the fate of their missing relative in the near future»⁴⁷, es decir, el TEDH contempla que ante la falta de respuesta de las autoridades o del inicio de una investigación de oficio (lo cual hubiera sido lo apropiado atendiendo a las obligaciones internacionales del Estado español), los demandantes debieron desestimar seguir intentando hacer justicia por la vía interna, suponemos que para optar ya entonces por llevar la cuestión ante su jurisdicción. Sin embargo, el TEDH en ningún momento ofrece una respuesta al interrogante que él mismo plantea: ¿cuál hubiera sido el momento exacto en el que ya la vía interna española se encontraba totalmente acabada? El año 1981 fue el elegido por el TEDH como «fecha crítica», siendo 2009 el año en el que fue interpuesta la demanda ante su jurisdicción (Chinchón, 2013: 752), obviando este tribunal en todo momento el activo comportamiento judicial de los demandantes (con actuaciones internas desde 1978 hasta 2008, por lo que al menos hasta esta fecha la vía interna española estaba aún disponible), a pesar del contexto político y jurídico al que toda víctima de la Guerra Civil y el franquismo ha debido enfrentarse para poder hacer

⁴⁶ Como punto positivo a destacar, el TEDH reconoce que tras la muerte del dictador debieron de iniciarse investigaciones sobre los hechos entonces cometidos, no mencionando que ni la Ley de amnistía, recientemente aprobada tras la democracia, ni la prescripción de los hechos exoneraba ni exonera ahora al Estado de emprender tal investigación. *Rights International Spain* (2012).

⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), caso *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España*, doc. cit, párr. 39.

justicia dentro de su propio Estado (Escudero, Rafael; Campelo, Patricia; Pérez, Carmen y Silva, Emilio, 2013: 55).

Tras esta inadmisión, un nuevo caso fue presentado ante el TEDH por crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo: asunto *Canales Bermejo c. España*. Este caso era el primero presentado tras la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 (la cual absolvía de prevaricación al juez Garzón, pero cerraba la puerta de forma definitiva a cualquier investigación o juzgamiento de estos hechos en España, privando, así, de recurso efectivo a las víctimas) pero también el primero que era presentado tras las sentencias de los asuntos *Varnava y otros c. Turquía*, *Šilih c. Eslovaquia* o *Janowiec y otros c. Rusia*⁴⁸, es decir, tras la reforma de la competencia temporal del TEDH en lo relativo a la obligación de investigar (Rights International Spain, 2012: 2).

En la demanda de este caso se argumentaron dos extremos vitales a efectos de cumplir con las exigencias de admisibilidad del art. 35: agotamiento de recursos internos y regla de los seis meses a partir de la fecha de la resolución definitiva. Por un lado, la fecha a tener en cuenta para cumplir con el primero de los requisitos era la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, pues «ha sido en el marco de esa sentencia donde la máxima instancia jurisdiccional española se ha pronunciado (nunca antes lo había hecho) sobre cuestiones de fondo que afectan de forma directa las pretensiones del demandante, en el sentido de concluir cerrar la vía judicial penal para dar respuesta a tales pedidos»⁴⁹. Igualmente sobre el requisito de los seis meses (necesario para demostrar «debida diligencia» a la hora de interponer la demanda ante el TEDH), se estableció que la fecha a partir de la cual ese tiempo empezaría a contar sería, precisamente, el 27 de febrero de 2012 debido a que «la posibilidad de acudir ante éste [TEDH] sólo puede ejercerse en el momento en que queda patente la ausencia de recursos internos efectivos para dar respuesta a las pretensiones de los demandantes»⁵⁰.

Esta demanda también daba respuesta a uno de los argumentos con los que el TEDH desestimó el caso anteriormente comentado, ya que se contempló que:

«(...) después de acabar la dictadura franquista y durante la década de los 80 y primeros años de los 90, no se dieron las circunstancias en Es-

⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GS), caso *Janowiec y otros c. Rusia*, Demanda Núm. 55508/07 y 29520/09, sentencia de 16 de abril de 2012.

⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda del caso *Canales Bermejo c. España*, Demanda Núm. 56264/12, 8 de noviembre de 2012, párr.326.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 334.

paña para que se llevara a cabo una investigación (...), que no se dieran en aquellos años tales circunstancias favorables, no puede entenderse como una ausencia total y definitiva de posibilidades de investigación de tales hechos»⁵¹.

En efecto, la manifiesta inacción del Estado español no puede trasladarse a las víctimas, es decir, que como consecuencia de la dejadez estatal éstas deban de contagiarse de tal actitud y desechar cualquier posibilidad de que los crímenes sean investigados dentro de la jurisdicción española. De hecho esta afirmación queda representada en la propia demanda:

«(...) la esperanza que las víctimas habían mantenido se materializó a finales de los años 90, cuando con los procedimientos sustanciados ante la Audiencia Nacional por los crímenes cometidos durante las dictaduras argentina y chilena quedó de manifiesto la posibilidad de que graves violaciones de Derechos Humanos fueran enjuiciadas por tribunales españoles. Precisamente por ello, la incoación de las Diligencias Previas 399/2006 por el Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, el 16 de octubre de 2008, fue percibido —no sólo por las víctimas, sino por toda la comunidad jurídica— como la materialización concreta de las esperanzas que hasta ese momento se habían mantenido. Es decir, el inicio de la instrucción junto a las diligencias ordenadas por el Juez instructor resultó ser un avance concreto hacia el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, hacia la investigación efectiva y, en su caso, el enjuiciamiento, de las más graves violaciones de Derechos Humanos sucedidas en España»⁵².

Sin embargo, que la sentencia de 2012 marcaba el inicio del cómputo de los seis meses queda ejemplificado igualmente en que tal y como la demanda sostiene, el TEDH ya advertía en su jurisprudencia que este plazo no debe empezar a correr si la violación persiste. Al encontrarnos con un caso de una desaparición forzosa que no ha sido investigada (violación continuada⁵³), la demanda aprecia que para estos supuestos habrá que fijar un hito que haga que el plazo de seis meses empiece a correr, no buscar un factor que lo suspenda, es decir, que estime que ese plazo ha ya concluido y, por tanto, que el TEDH se considere incompetente⁵⁴. La sentencia del Tribunal Supremo será el hito desencadenante de este plazo, por cuanto

⁵¹ *Ibid.* Negrita del original.

⁵² *Ibid.*, párr. 335. Negrita del original.

⁵³ *Ibid.*, párr. 337.

⁵⁴ *Ibid.*, en referencia a Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Varnava y otros c. Turquía*, *op cit.* Opinión Concurrente emitida por la Juez Ziemeles a la Sentencia de la Gran Sala de 18 de septiembre de 2009, párr. 11.

que cierra la puerta al inicio de cualquier posibilidad de investigación de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo bajo la jurisdicción española.

Sin embargo, a pesar de que la demanda rellenaba los vacíos que el TEDH había señalado para rechazar el caso *Gutiérrez Dorado c. España*, éste volvió a inadmitir la demanda bajo los mismos motivos, mediante un escueto:

«A la luz del conjunto de elementos en su posesión y en la medida en que es competente para decidir sobre las quejas formuladas, el Tribunal ha considerado que su demanda no cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 34 y 35 del Convenio (ver *mutatis mutandi*, *Gutiérrez Dorado et Dorado Gutiérrez c. Espagne*)»⁵⁵.

Este fue el máximo razonamiento que esgrimió el TEDH, remitiéndose a lo que ya estableció en *Gutiérrez Dorado c. España* «cambiando lo que haya que cambiar» (¿cómo por ejemplo? Cabría preguntarse, pues el TEDH falta a lo establecido en el art. 45.1⁵⁶). No obstante, la consternación es mayor si apelamos a que para sustentar la violación del art. 3 se utilizaron argumentos ya contemplados por el propio TEDH en un caso anterior: *Janowiec y otros c. Rusia*, en donde sí se encontró violación de este artículo. Como muestra de lo que el TEDH interpretó respecto al contenido del art. 3 en *Janowiec y otros c. Rusia*, pero pareció no serle aplicable al caso *Canales Bermejo c. España*, y por extensión al comportamiento del Estado español para con las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo:

«(...) the obligation imposed by Article 3 is a more general humanitarian nature, for it enjoins the authorities to react to the plight of the relatives of the dead or disappeared individual in a humane and compassionate way. The authorities have a duty to comply with the requirements of Article 3 irrespective of whether they were responsible for the original act of death or disappearance»⁵⁷.

Conclusiones y retos futuros

Tras todo lo expuesto anteriormente las conclusiones a las que puedo arribar no diferirán mucho de quien acabe de leer estos pronunciamientos y de lo ya escrito al respecto por gran parte de la doctrina especializada.

⁵⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Canales Bermejo c. España*, Demanda Núm. 56264/12, 15 de noviembre de 2012.

⁵⁶ Véase el análisis sobre la inadmisión de este caso en Rights International Spain (2012: 1-10).

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 152.

El panorama que presentaba la situación de los derechos de las víctimas del franquismo y la Guerra Civil, podría haberse quedado en un «mero» problema de voluntad política hasta 2012⁵⁸. Sin embargo, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de ese año, se cerraba cualquier posible vía de que España juzgara los delitos cometidos en su propia jurisdicción desde 1936, oscureciendo, aún más si cabía, la situación de las víctimas. Las consecuencias de esta sentencia no son únicamente el cierre total de cualquier investigación ya abierta, o que pudiera abrirse respecto a estos hechos, sino que vemos en ella una suerte de «aviso a navegantes», una hoja de ruta perfectamente armada de cuál ha de ser la posición de la judicatura española en caso de que un juez se encuentre ante indicios de comisión de un crimen con claros indicios de haber sido perpetrado durante la Guerra Civil o el franquismo; y, más aún, de cuáles serán las consecuencias de quien se aventure a no seguirla.

La posición del Poder Ejecutivo no difiere mucho de la marcada por el Poder Judicial: si éste cierra las puertas a que el derecho a la justicia de las víctimas sea satisfecho en el lugar donde los crímenes se habían perpetrado (España), aquél se encarga de hacer lo propio de puertas para afuera. Los sucesivos intentos del Gobierno por torpedear la investigación iniciada en Argentina, a través de la aplicación por parte del juzgado núm. 1 en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires del principio de jurisdicción universal, se han visto materializados en la contestación mediante evasivas e información falsa e incompleta a los diferentes exhortos librados por este juzgado. Igualmente, el Ministerio de Asuntos Exteriores se negó en un primer momento a que las víctimas comparecieran mediante videoconferencia ante la jueza competente de la causa. Sin embargo, el mayor revés a este proceso volvió a ser del Poder Judicial, representado en este caso en la Audiencia Nacional, ante la negativa de extraditar a varios reconocidos torturadores y altos funcionarios franquistas, imputados ya por el juzgado argentino, bajo el argumento de la prescripción de los hechos.

A pesar de la lentitud con la que avanza el proceso y las trabas que el Estado español a través de todos los flancos posibles le está poniendo, la jurisdicción universal puede ser vista como una de las posibles vías en las que las víctimas vean en un futuro satisfecho su derecho a la justicia.

Las instancias internacionales, sin embargo, siguen constituyendo un potencial aliado. A pesar de que lamento la falta de predisposición del

⁵⁸ Es necesario, sin embargo, puntualizar que hasta esa fecha la voluntad del Poder Judicial de realizar cualquier tipo de investigación sobre los hechos que nos ocupan era igualmente pobre. Véase al respecto: Chinchón, Javier (2012: 45-50).

TEDH por conocer de estos hechos, los mecanismos cuasicontenciosos de Naciones Unidas, con competencia para recibir casos individuales, podrían erigirse como el siguiente paso a dar en el tortuoso camino de búsqueda de la justicia para las víctimas. Órganos, ya mencionados en este trabajo, como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura o el Comité contra la Desaparición Forzada (los tres con competencia aceptada por España para conocer de denuncias particulares), han demostrado una predisposición mayor que el propio Estado español y el TEDH en esta materia. Sin embargo, pese a que no estamos hablando de tribunales jurisdiccionales *per se*, un pronunciamiento de estos órganos revelando el mal hacer del Estado sobre un caso concreto, constituye una clara y reconocida declaración de incumplimiento de un tratado internacional, no del agrado de ningún Estado. A parte, conociendo el renovado interés de España por las Naciones Unidas y su posición internacional, con sillón en el Consejo de Seguridad desde 2015, pudiera parecer incluso indecorosa su continua reticencia a respetar los derechos humanos de sus propias víctimas.

Por último, las reivindicaciones de las víctimas en el plano del derecho a la verdad y reparación son igualmente incesantes, estando focalizadas en dos únicas reivindicaciones: constituir una comisión de la verdad que investigue los hechos ocurridos durante la Guerra Civil y el franquismo y dotar de los medios adecuados a la Administración para que intervenga en la búsqueda y exhumación de las fosas comunes halladas en todo el territorio nacional. Sin embargo, la situación actual en estos extremos no difiere mucho de lo ya comentado en el campo del derecho a la justicia, con el agravante de que para su implementación es necesaria única y llanamente voluntad política.

La crisis económica ha vaciado de contenido (gubernamentalmente hablando) todas aquellas pretensiones que no constituyan una generación de empleo u oportunidades de negocio, siendo reducidas las cuestiones orientadas a la defensa de los derechos humanos (cuestiones tan cercanas como lejanas, según el prisma con el que se mire), desde determinados sectores de la sociedad, a una preocupación de unos pocos nostálgicos interesados en desestabilizar al Gobierno de turno. Los oídos sordos ante la posibilidad de crear un mecanismo orientado a que se conozca la verdad sobre el pasado, y el nulo presupuesto para la exhumación de quiénes aún están enterrados en una cuneta supone, a mi entender, una clara revictimización de las víctimas que, si ya vieron sus derechos violados durante una guerra y cuarenta años de dictadura, incluso en democracia su propio país los sigue conculcando.

Referencias

- Amnistía Internacional (2013). *El tiempo pasa, la impunidad permanece. La jurisdicción universal, una herramienta contra la impunidad para las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Doc. EUR4140013-25120.
- Chinchón, Javier (2008). «Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, 7, pp. 331-354.
- (2012). «El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, 67.
- (2013a). «Incompetencia (sobrevvenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 45, pp. 741-759.
- (2013b). «TEDH-Decision de 27.03.2012, Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España, 301410/09 (arts. 2, 3, 5, 8 y 13 CEDH), Desaparición forzada de personas independiente y continuada de investigar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 45, pp. 741-759.
- Escudero, Rafael; Campelo, Patricia; Pérez, Carmen y Silva, Emilio (2013). *Qué hacemos para reparar a las víctimas, hacer justicia, acabar con la impunidad y por la construcción de la memoria histórica*, Madrid: Akal.
- Gil Gil, Alicia (2010). «Justicia transicional en España» en J. Tamarit (coord.). *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, pp. 143-173.
- (2012). «Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española», *Revista para el análisis del derecho*, 4, pp. 15-29.
- Mayayo, Andreu (2006). «La violencia política a la Transición», en R. Martí, A. Mayayo y A. Segura i Mas (eds.): *Memòria de la Transició a Espanya i a Catalunya*, vols. VI y VII, Barcelona: Universitat de Barcelona, pp. 11-66.
- Rodríguez Rodríguez, Jorge (2014). *El derecho a la verdad en la justicia de transición española*, Luarca: Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pp. 214-228. Disponible en: <http://www.aedidh.org/sites/default/files/Derecho%20a%20la%20verdad%20v7.pdf>
- Rights International Spain (2012). «Decisión del TEDH en el caso *Gutiérrez Dorado vs. España*: luces y sombras, *Series Análisis Jurídicos GCyF*, pp. 1-7. Disponible en: <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/f893f36547a757264deca19d70abf3e48ae19ae5.pdf>
- (2012). «La decisión del TEDH en el asunto *Canales Bermejo c. España*. Una sombra definitiva», *Series Análisis Jurídicos GCyF*, pp. 1-10. Disponible en: <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/f2d650588e849dbe4480d981d8fee6ecf8b791c0.pdf>

Villán, Carlos y Faleh, Carmelo (2008). «Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 16, pp. 1-51.

Jurisprudencia y documentación de organizaciones internacionales

- Comité de Derechos Humanos, caso *Almeida de Quinteros c. Uruguay*, Comunicación 107/1981, Doc. CCPR/C/19/D/107/1981, 21 de julio de 1983.
- Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: España*, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009.
- Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas e Involuntarias*, Doc. A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009.
- Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas e Involuntarias*, Doc. A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011.
- Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas e Involuntarias. Misión a España*, Doc. A/HRC/27/49/Add.1, 2 de julio de 2014.
- Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Doc. A/HRC/27/56/Add.1, 22 de julio de 2014.
- Comité contra la Desaparición Forzada, *Observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada: España*, Doc. CEDIC/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013.
- Comité contra la Tortura, *Observaciones Finales del Comité contra la Tortura: España*, Doc. CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Baena Alonso c. España*, Demanda Núm.39905/04, 30 de septiembre de 2005.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Šilih c. Eslovenia*, Demanda Núm. 71463/01, sentencia de 9 de abril de 2009.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Varnava y otros c. Turquía*, Demandas Núm. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, sentencia de 18 de septiembre de 2009.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España*, Demanda Núm. 30141/09, 3 de abril de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Forum Per La Memoria Del País Valencià*, Demanda Núm. 78650/11, 12 de abril de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Janowiec y otros c. Rusia*, Demandas Núm. 55508/07 y 29520/09, sentencia de 16 de abril de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Unión General de los Trabajadores c. España*, Demanda Núm. 62152/11, 21 de junio de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Negrín Fetter y otros c. España*, Demanda Núm. 37853/10, 19 de julio de 2012.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda del caso *Canales Bermejo c. España*, Demanda Núm. 56264/12, 8 de noviembre de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Canales Bermejo c. España*, Demanda Núm. 56264/12, 15 de noviembre de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Fernando León González y María Martín López c. España*, Demanda Núm. 5973/13, 28 de marzo de 2013.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia 101/2012 de 27 de febrero de 2012.

Derechos de autor (Copyright)

Los derechos de autor de esta publicación pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número del Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos (en adelante Anuario) es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley. Así mismo, los trabajos editados en el Anuario pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en el Anuario, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). La revista se vende impresa Bajo Demanda.