

España

Informe alternativo presentado al Comité contra la Desaparición
Forzada en vista del examen del informe de España durante la 5ª
sesión del Comité, del 4 al 15 de noviembre de 2013

Informe alternativo presentado por TRIAL (*Asociación Suiza contra la impunidad*)



Septiembre de 2013

Índice

INTRODUCCION	3
CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL ALCANCE DEL INFORME PRESENTADO POR EL ESTADO	5
I. Definición y criminalización de las desapariciones forzadas (Art. 1-7)	11
<i>Art. 1(2) – Prohibición absoluta de la desaparición forzada</i>	<i>11</i>
<i>Art. 2, 4, 5 y 7 – Definición y tipificación del delito de desaparición forzada y desaparición forzada como crimen de lesa humanidad</i>	<i>13</i>
<i>Art. 6 - Responsabilidad penal</i>	<i>20</i>
II. Responsabilidad penal y cooperación judicial en materia de desaparición forzada (Art. 8-16)...	23
<i>Art. 8 - Prescripción del delito</i>	<i>23</i>
<i>Art. 9, 10 y 11 – El ejercicio de la jurisdicción universal y el principio aut dedere aut judicare</i>	<i>25</i>
<i>Art. 12 – Obligación de investigar</i>	<i>31</i>
<i>Art. 13 y 16– Extradición y Non refoulement.....</i>	<i>36</i>
<i>Art. 14 y 15 – Auxilio judicial y cooperación jurídica entre los Estados.....</i>	<i>43</i>
III. Medidas para prevenir las desapariciones forzadas (Art. 17-23)	46
<i>Art. 17, 18, 20, y 21 – Prevención de la desaparición forzada y personas privadas de libertad, derecho de acceso a la información sobre personas privadas de libertad, y puesta en libertad</i>	<i>46</i>
IV. Medidas de reparación y de protección de niños contra las desapariciones forzadas (Art. 24 y 25)	52
<i>Art. 24 – Víctimas de desaparición forzada y sus derechos</i>	<i>52</i>
<i>Art. 25 – Protección especial de niños y niñas víctimas de desaparición forzada</i>	<i>62</i>
V. Conclusiones y recomendaciones.....	66
VI. Acerca de TRIAL	72

INTRODUCCIÓN

EL INFORME DEL ESTADO Y LA ADOPCIÓN DE LA LISTA DE CUESTIONES QUE DEBEN ABORDARSE AL TRATAR EL INFORME

El 26 de diciembre de 2012 España presentó su informe (CED/C/ESP/1) al Comité contra la Desaparición Forzada (en adelante “el Comité”) de acuerdo con lo establecido por el art. 29, párr. 1, de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (en adelante “la Convención”).

El 8 de julio de 2013 el Comité ha adoptado la lista de cuestiones que deben abordarse al tratar el informe (CED/C/ESP/Q/1).

TRIAL quiere expresar su agradecimiento por la oportunidad de presentar un informe alternativo ante el Comité de acuerdo con el Art. 52 de su reglamento.

En el informe se destaca que la interpretación proporcionada por España al Art. 35, párr. 1, de la Convención, y la pretensión del Estado de restringir el enfoque de su informe en el sentido de que los artículos de la Convención se aplicarían sólo y exclusivamente a desapariciones forzadas que sean posteriores en su inicio al 23 de diciembre de 2010, resultan contrarios al derecho internacional aplicable y no toman en cuenta la naturaleza continuada o permanente de la violación. Asimismo, la interpretación propuesta por España no puede considerarse conforme al objeto y fin del tratado ni a la práctica seguida en la aplicación del tratado por los Estados partes y el propio Comité en el examen de los informes estatales.

En el presente informe alternativo se señalan las falencias de la legislación española al no contar con una disposición que establezca el derecho inderogable de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada y en materia de declaración de estados de excepción y sitio (Art. 1). En el informe se detalla el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España y al no tipificar autónomamente el delito de desaparición forzada de acuerdo con lo requerido por los Art. 4, 6 y 7 de la Convención. Además, se demuestra que la tipificación de los delitos de lesa humanidad contenida en el código penal español tampoco es conforme con los estándares internacionales, y el ordenamiento jurídico del Estado no prevé suficientes consecuencias específicas (Art. 5). Se evidencian también las lagunas del marco legal español en materia de prescripción (Art. 8) responsabilidad del superior, obediencia debida y prohibición explícita de órdenes que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas (Arts. 6, párr. 2, y 23, párr. 2).

En el informe se ilustra la disconformidad con las disposiciones de la Convención de la legislación española en materia de jurisdicción universal en casos de desaparición forzada de personas, así como las dificultades existentes en la aplicación del principio *aut dedere aut judicare* (Art. 9-11). Igualmente se resalta que ninguna disposición del código penal militar español establece de manera expresa que la desaparición forzada no puede considerarse como delito cometido en acto de servicio.

Asimismo, en el informe se examina la deficiencia de la legislación española ante las obligaciones

establecidas por el Art. 12 de la Convención en materia de investigación, y la insuficiencia de las garantías actualmente existentes en materia de auxilio y cooperación judicial en materia de desaparición forzada (Art. 14 y 15). Además, se exploran las lagunas del marco jurídico español con respecto a la definición de qué pueda ser considerado delito político y al incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas al no incluir el delito de desaparición forzada entre los delitos susceptibles de extradición en tratados en la materia sucesivos a la entrada en vigor de la Convención en España (Art. 13).

El informe proporciona un análisis de la falta de garantías tanto en el sistema jurídico español como en la práctica con respecto al principio de *non refoulement* (Art. 16).

Además, el informe evidencia el incumplimiento por parte de España de las obligaciones establecidas por los Art. 17-21 a la luz de las disposiciones existentes en materia de detención *incommunicado*, posibles suspensiones de la garantía de *habeas corpus*, restricciones en el acceso a la información sobre personas privadas de libertad y puesta en libertad de estas últimas.

Finalmente, se exponen las lagunas de la legislación española y la incompatibilidad de las prácticas existentes con las obligaciones establecidas por los Art. 24 y 25 de la Convención en materia de reconocimiento de la calidad de víctima del delito; reconocimiento y garantía del derecho a la verdad; obligación de localizar, exhumar, respetar y restituir los restos morales de las personas desaparecidas que hayan fallecido; medidas de reparación, y desaparición forzada de niños y adopciones, colocaciones y guardas cuyo origen sea una desaparición forzada.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL ALCANCE DEL INFORME PRESENTADO POR EL ESTADO

1. En primer lugar, TRIAL discrepa de la interpretación dada por España con respecto al Art. 35, párr. 1, de la Convención,¹ que reza “la *competencia* del Comité sólo se extiende a las *desapariciones forzadas* que hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención”; y de la consecuente indicación de acuerdo con la cual el Estado habría comentado en su informe los artículos de la Convención desde la perspectiva de que los mismos “*se aplican sólo y exclusivamente a ‘desapariciones forzadas’ que sean posteriores en su inicio al 23 de diciembre de 2010*”.²
2. En su razonamiento España confunde indebidamente el tema de la retroactividad de la competencia del Comité y de la retroactividad de las disposiciones de la Convención.³ Con respecto a esta última, la lectura propuesta por España no respeta el derecho internacional aplicable y vaciaría de todo sentido el tratado, siendo manifiestamente contraria a su objeto y fin.⁴ Asimismo, esta postura parece incompatible con el principio de acuerdo con el cual un tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda*).⁵
3. No huelga recordar que la aplicabilidad de las obligaciones establecidas por la Convención con respecto a desapariciones forzadas comenzadas antes de la entrada en vigor de la Convención y que se sigan cometiendo – teniendo en cuenta la naturaleza continuada del delito de desaparición forzada unánimemente reconocida por el derecho y la jurisprudencia internacionales,⁶ así como por el propio Art. 8, párr. 1 (b), de la Convención⁷ y el carácter de *jus cogens* de la prohibición de desaparición

¹ En este sentido, TRIAL quiere sumarse a los argumentos contenidos en los informes alternativos presentados al Comité por las asociaciones Fundación Internacional Baltasar Garzón pro Derechos Humanos y Jurisdicción Universal, y Rights International Spain y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

² Informe de España, doc. CED/C/ESP/1 de 26 de diciembre de 2012 (en adelante “Informe de España”), párr. 6 (el resaltado es agregado).

³ Véase De Frouville, *The Committee on Enforced Disappearances*, en Alston, Megret (eds.) *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, 2nd edición en prensa por Oxford University Press hasta agosto de 2014, actualmente disponible en http://www.frouville.org/Publications_files/FROUVILLE-CED-ALSTON.pdf, p. 9, quien indica que el Art. 35 establece “**only a jurisdictional limitation. No comparable clause has been adopted in the substantive part of the Convention, so that the obligations apply to an enforced disappearance which commenced before the entry into force of the Convention for the State concerned, as long as this enforced disappearance continues after the entry into force, i.e., as long as it is ‘unresolved’**”.

⁴ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), Art. 31, párr. 1.

⁵ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), Art. 26.

⁶ Véanse, entre otros, Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDF), *Comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*, doc. A/HRC/16/48 de 26 de enero de 2011, párr. 39; GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, doc. A/HRC/16/48/Add.3 de 28 de diciembre de 2010, párr. 33-34; Vermeulen, *Enforced Disappearance – Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Antwerp, 2012, pp. 59-60 y 445-447; Ott, *Enforced Disappearance in International Law*, Antwerp, 2011, pp. 216-218; Citroni, Scovazzi, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, 2007, pp. 309-314; Dijkstra, Klann, Ruimshoof, Wijnkoop, *Enforced Disappearances as Continuing Violations*, Amsterdam, 2002; y Mattarollo, *¿Qué puede hacer el derecho internacional frente a las desapariciones?*, en *Las desapariciones: crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987. Véase también, Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002, pp. 174-181; y Pauwelyn, *The concept of “continuing violation” of an international obligation: selected problems*, en *British Yearbook of International Law*, 1995, p. 435; y Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*, sentencia No. 2 (1924), Ser. A No. 2, pp. 6-35; y Corte Internacional de Justicia, *Caso Right of Passage over Indian Territory*, sentencia del 12 de abril de 1960, pp. 33-36.

⁷ El Art. 8, párr. 1 b), de la Convención se refiere expresamente al “carácter continuo” del delito de desaparición forzada.

forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables⁸ – se desprende también del contenido literal de algunas de las disposiciones de la Convención.

4. En este sentido, por ejemplo, el Art. 24, párr. 6, de la Convención se refiere a la “obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida”.⁹ Si, tal y como lo propone España, se interpretara esta disposición, o el Art. 24, párr. 2, de la Convención, que reconoce el derecho de cada víctima de conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida, como aplicables sólo y exclusivamente a desapariciones forzadas que sean posteriores en su inicio al 23 de diciembre de 2010, se estarían frustrando el objeto y el fin de este tratado.
5. En particular, en el derecho internacional de los derechos humanos cabe aplicar el principio *pro homine* (también llamado “*pro persona*”) para interpretar las disposiciones de los tratados de la manera más extensiva y que ofrezca la mayor protección a los seres humanos. El objeto y el fin de los tratados de derecho internacional de los derechos humanos es la garantía de los derechos fundamentales de las personas – que se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad respecto al Estado – y debe favorecerse la interpretación que resulte más idónea para proteger a los individuos. En el caso de la Convención, sus disposiciones deberán interpretarse de la manera más idónea para proteger a todas las personas contra las desapariciones forzadas y garantizar los derechos de las víctimas¹⁰ a la justicia, a la reparación y a conocer la verdad.¹¹
6. Al interpretar la Convención conforme a su objeto y fin, el Comité debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el Art. 29 de la Convención. Sería inadmisibles subordinar tal mecanismo a restricciones que hagan inoperante el sistema de control general de aplicación de las disposiciones de la Convención mediante el examen de los informes estatales. Así, la cláusula relativa a la competencia del Comité (Art. 35, párr. 1) debe ser interpretada y aplicada teniendo presente el carácter especial de los tratados de derechos humanos.¹²
7. El Art. 28 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece que “las disposiciones

⁸ Véanse, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso *Goiburú y otros v. Paraguay*, Ser. C No. 153, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 84; Caçado Trindade, *Enforced Disappearances of Persons as a Violation of Jus Cogens: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81, 2012, pp. 507-536; y Sarkin, *Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained the Status of Jus Cogens in International Law?*, en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81, 2012, pp. 537-584.

⁹ El hecho de que los Estados mantienen el deber de investigar e identificar los responsables de desapariciones forzadas inclusive por actos comenzados antes de la entrada en vigor del tratado aplicable ha sido reiteradamente afirmado tanto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Europea de Derechos Humanos. Véanse, entre otros, Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco v. México*, Ser. C No. 209, sentencia del 23 de noviembre de 2009; Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), Caso *Varnava and others v. Turquía*, sentencia del 18 de septiembre de 2009 (Grand Chamber), párr. 148; y Caso *Silih v. Slovenia*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 159.

¹⁰ De acuerdo con el Art. 24, párr. 1, de la Convención “se entenderá por víctima la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada”.

¹¹ Véanse el preámbulo, el Art. 12 y el Art. 24 de la Convención.

¹² Entre otros, Corte IDH, Caso *Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, Ser. C No. 112, párr. 205.

de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna *situación que en esa fecha haya dejado de existir*, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.¹³ En este sentido, el Art. 14, párr. 2, del Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001, aclara que “*la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional*”. La misma disposición, en su párrafo 3, establece que “*la violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación*”.¹⁴

8. La jurisprudencia internacional ha determinado que “de conformidad con el principio de *pacta sunt servanda*, sólo a partir de [la entrada en vigor del tratado] rigen las obligaciones del tratado y, *en tal virtud, es aplicable a aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, es decir, a los que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aún después de esa fecha, puesto que ellas se siguen cometiendo. Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia*”.¹⁵
9. A la luz de lo anterior, y considerando que la desaparición forzada de personas es el “prototipo de acto continuo”,¹⁶ y que “el acto comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el período de tiempo en que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida”,¹⁷ resulta que en numerosos casos las desapariciones forzadas que comenzaron a producirse en España durante la Guerra Civil y el franquismo se siguen cometiendo hasta la fecha y permanecen tales hasta que no se establezcan con seguridad la suerte y el paradero de las víctimas. Al negarse a considerar y discutir estas situaciones en su informe, España sigue violando sus obligaciones internacionales.
10. Así, el informe del Estado relativo a las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones contraídas en virtud de la Convención (Art. 29) debe coincidir con el ámbito de aplicación de la

¹³ Cabe destacar que la CEDH ha declarado que no se puede considerar “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* [...]”, Caso *Varnava and others*, *supra* nota 9, párr. 148 (el resaltado es agregado).

¹⁴ En su *Comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*, *supra* nota 6, el GTDF ha declarado que “cuando se ha reconocido que un Estado es responsable de haber cometido una desaparición forzada que comenzó antes de la entrada en vigor del instrumento jurídico pertinente y que persistió tras su entrada en vigor, el Estado incurre en responsabilidad por todas las violaciones derivadas de la desaparición forzada y no sólo por las violaciones que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento” (párr. 4). Véase también el párr. 3.

¹⁵ Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco v. México*, *supra* nota 9, párr. 24 (el resaltado es agregado).

¹⁶ GTDF, *Comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*, *supra* nota 6, párr. 1.

¹⁷ *Ibid.*

Convención, con los límites previstos por el derecho internacional aplicable, habida cuenta de la naturaleza continuada (o permanente) de la desaparición forzada. El Comité deberá adoptar el mismo enfoque, pronunciándose al respecto y formulando las observaciones, recomendaciones y comentarios que considere pertinentes.

11. Finalmente, TRIAL quiere señalar que la palabra “competencia” utilizada en el Art. 35, párr. 1, de la Convención, se refiere a la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones individuales e inter-estatales presentadas de acuerdo con los Art. 31 y 32 de la Convención, más no al examen de los informes estatales presentados de acuerdo con el Art. 29 de la Convención.¹⁸ Así, un informe estatal no guarda relación con la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones (sometida a una limitación temporal en aras de no hacer excesiva la carga de trabajo del Comité), sino más bien concierne, como ya se ha señalado, a la aplicación en general de la Convención por un Estado parte.
12. Lo anterior se desprende tanto del tenor literal de las disposiciones de la Convención, interpretadas teniendo en cuenta su objeto y fin, como de los trabajos preparatorios del tratado. En este sentido, el Art. 31, párr.1, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, indica que al interpretar un tratado se deberá tener en cuenta el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Asimismo, la interpretación aquí propuesta está respaldada por la práctica seguida hasta ahora en la aplicación del tratado, por la cual consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. También la doctrina confirma la validez de esta interpretación.¹⁹
13. En primer lugar, vale la pena señalar que entre las disposiciones de la Convención relativas al Comité, se utiliza explícitamente la palabra competencia sólo en los Art. 31, 32 y 35.²⁰ Así, en el reglamento del Comité se habla de “funciones” del Comité²¹ y “competencia” sólo se utiliza en el marco de la declaración específica de reconocimiento por lo que concierne al examen de comunicaciones individuales o inter-estatales. Lo mismo aplica en el caso de los “métodos de trabajo” del Comité.²²
14. Durante las negociaciones se abordó expresamente el tema de la “retroactividad”, recordando que existen dos distintas clases de retroactividad: la del instrumento y la relativa a la competencia del Comité. Las delegaciones se mostraron de acuerdo en que no era necesario referirse expresamente a

¹⁸ Tampoco a las “acciones urgentes” (Art. 30), a las visitas in loco (Art. 33) y a la posibilidad de informar la Asamblea General de la existencia de una práctica generalizada o sistemática de desapariciones forzadas (Art. 34).

¹⁹ De Frouville, *The Committee on Enforced Disappearances*, supra nota 3, p. 9; and Citroni, Bianchi, *The Committee on Enforced Disappearances: Challenges Ahead*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, 2012, pp. 164-166.

²⁰ Lo mismo en las versiones inglés y francés del texto del tratado.

²¹ Reglamento del Comité, doc. CED/C/1 del 22 de junio de 2012. Lo mismo en las versiones inglés y francés del texto del reglamento.

²² Disponibles solo en inglés: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/WorkingMethods.aspx>.

la primera en el texto, ya que aplican las reglas generales del derecho internacional.²³

15. En cuanto al Comité, si bien se aprobó la cláusula de limitación de su competencia actualmente contenida en el Art. 35, párr. 1, de la Convención, durante las negociaciones la palabra competencia se refirió a la recepción y examen de comunicaciones individuales e inter-estatales, a saber una competencia de naturaleza cuasi-jurisdiccional con respecto a casos específicos; mientras, al referirse al examen de informes, a saber una función de control general, se utilizaron las expresiones “función” o “procedimiento” del Comité.²⁴
16. Además, el Art. 31, párr. 3 (b), de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados requiere que también se tome en cuenta “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación” del mismo. Ahora bien, en la práctica de examen de informes estatales, tanto los Estados partes se han referido a desapariciones comenzadas antes de la fecha de entrada en vigor de la Convención,²⁵ como el Comité ha analizado las obligaciones de los Estados partes también con respecto a desapariciones forzadas iniciadas antes de la entrada en vigor (e inclusive antes de la adopción) de la Convención. En particular, el Comité ha afirmado el deber de los Estados partes de garantizar la investigación eficaz de *todas* las desapariciones forzadas (sin importar cuando éstas hayan iniciado) y la satisfacción plena de los derechos de las víctimas tal y como están consagrados en la Convención.²⁶ Esta práctica confirma la interpretación arriba propuesta del Art. 35, párr. 1, de la Convención.
17. Hay también que señalar que España ya intentó evitar el escrutinio internacional relativo a las desapariciones comenzadas durante la Guerra Civil y el franquismo y a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía,²⁷ durante su examen periódico ante el Comité contra la Tortura.²⁸ Sin embargo, este último desestimó la interpretación vislumbrada por España y se pronunció sobre la

²³ Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas doc. E/CN.4/2004/59 del 23 de febrero de 2004, párr. 165.

²⁴ Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas doc. E/CN.4/2005/66 de 10 de marzo de 2005, párr. 121- 150; y doc. E/CN.4/2006/57 de 2 de febrero de 2006, párr. 34-68. Asimismo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó interpretar el Art. 35 de la Convención en el sentido de “permitir que se cubran también los casos donde las desapariciones forzadas ocurrieron antes de la entrada en vigor de la Convención y la suerte y el paradero de la persona desaparecida no ha sido aclarada hasta después de la entrada en vigor del tratado” (resolución 1463 (2005) del 3 de octubre de 2005, párr. 13.3).

²⁵ Informe de Uruguay al Comité contra la Desaparición Forzada, doc. CED/C/URY/1 del 4 de septiembre de 2012; Respuestas de Uruguay a la lista de cuestiones del Comité contra la Desaparición Forzada, doc. CED/C/URY/Q/1/Add.1 del 27 de marzo de 2013; e Informe de Argentina al Comité contra la Desaparición Forzada, doc. CED/C/ARG/1 del 21 de diciembre de 2012.

²⁶ Comité contra la Desaparición Forzada (CED), *Observaciones finales sobre Uruguay*, doc. CED/C/URY/CO/1 del 3 de mayo de 2013, párr. 13, 14 y 37.

²⁷ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 3 y 5.

²⁸ *Respuestas de España a la lista de cuestiones del Comité contra la Tortura*, doc. CAT/C/ESP/Q/5/Add.1 del 24 de agosto de 2009, párr. 167.

incompatibilidad de la Ley de Amnistía con la Convención contra la Tortura.²⁹

18. Es la opinión de TRIAL que el Comité contra la Desaparición Forzada debe desestimar la interpretación del Art. 35, párr. 1, propuesta por España, siguiendo su propia práctica en el examen de informes estatales. Así, deberá analizar las obligaciones de España también con respecto a desapariciones forzadas iniciadas antes de la entrada en vigor de la Convención y que se sigan cometiendo, y formular las observaciones y recomendaciones pertinentes.

²⁹ Comité contra la tortura (CAT), *Observaciones finales sobre España*, doc. CAT/C/ESP/CO/5 del 20 de noviembre de 2009, párr. 21. Véanse *infra* párr. 92.

I. Definición y criminalización de las desapariciones forzadas (Art. 1-7)

Art. 1(2) – Prohibición absoluta de la desaparición forzada

19. Del informe presentado por el Estado resulta que el Art. 55 de la Constitución española es la disposición aplicable en situaciones de emergencia y supuestos excepcionales, junto con la Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.³⁰ Según el Estado dichas disposiciones harían imposible “plantearse que en el sistema constitucional español se pueda habilitar o se haga jurídicamente factible la desaparición forzosa de personas o que se *pueda derogar la normativa que la tipifica o sanciona como acto delictivo*”.³¹
20. Sin embargo, como se analizará en detalle a continuación,³² España no cuenta en la actualidad con una normativa penal que tipifique adecuadamente la desaparición forzada como delito y la sancione con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad. Asimismo, cabe destacar que el Art. 55, párr. 1, de la Constitución de España establece “los derechos reconocidos en los artículos 17 [*derecho a la libertad y seguridad personales*]; 18, apartados 2 y 3 [*derecho a la inviolabilidad del domicilio y derecho al secreto de las comunicaciones*]; 19 [*libertad de circulación y residencia*]; 20, apartados 1, a) y d), y 5 [*derechos a la libertad de expresión, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*]; 21 [*derechos de reunión y manifestación*]; 28, apartado 2 [*derecho de huelga*]; y 37, apartado 2 [*derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo*], podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”. Por su parte, el Art. 55, párr. 2, agrega “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, *los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*”.
21. En primer lugar, resulta que **la Constitución española no prohíbe de manera explícita la posibilidad de invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de una desaparición forzada**. En sus observaciones finales, el Comité se ha expresado de manera clara sobre la importancia de que los Estados cuenten con disposiciones específicas que establezcan el derecho inderogable de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada, tal y como se establece en el Art. 1 de la Convención. En este sentido, ya ha recomendado a los Estados partes cuya legislación, como en el caso de España, no cuenta con disposiciones específicas en este sentido, que aprueben “[...] una disposición que afirme de forma expresa que no pueden invocarse circunstancias excepcionales tales como las descritas en el artículo 1 de la Convención como justificación del delito de

³⁰ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 47.

³¹ *Ibid.* (el resaltado es agregado).

³² *Infra*, párr. 25-45.

desaparición forzada”.³³

22. Lo anterior resulta de capital importancia en el caso de España, considerando que el Art. 55 de la Constitución permite suspender en estado de excepción el goce de la libertad y seguridad personales – derechos que guardan una estrecha relación con la desaparición forzada de personas. Asimismo, cabe resaltar que en presencia del estado de sitio es posible inclusive suspender las garantías jurídicas del detenido (asistencia letrada, derecho a ser informado de la acusación) previstas en el Art. 17, párr. 3, de la Constitución.
23. El Art. 13 de la arriba mencionada Ley Orgánica 4/1981 establece que se podrá proceder a la declaración del estado de excepción “cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo”. **Dicha definición deja un considerable margen de discrecionalidad a las autoridades³⁴ para la declaración del estado de excepción, prestándose por ello a posibles abusos.** Asimismo, puede ser, y, en efecto, ha sido,³⁵ utilizado en caso de huelgas y tensiones sociales.
24. Además, **la Constitución española permite una suspensión *ad personam* del derecho a la libertad personal³⁶ y del derecho a la inviolabilidad del domicilio³⁷ en relación con *las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, sin necesidad de proceder a la declaración de los estados de excepción o sitio.*** Este precepto constitucional ha sido luego recogido y ulteriormente desarrollado en la legislación anti-terrorista que, como se verá más adelante,³⁸ es objeto de crítica por parte de varios organismos internacionales por ser contraria al derecho internacional de los derechos humanos. En particular, la tipificación de “delitos asociados con la violencia terrorista”, “terrorismo urbano”, “colaboración con organización terrorista”, “enaltecimiento o justificación de actos de terrorismo” en la legislación penal española ha sido considerada contraria al requisito de legalidad por su falta de precisión en la redacción y por el riesgo de ser aplicada de manera

³³ CED, *Observaciones finales sobre Francia*, doc. CED/C/FRA/CO/1 del 8 de mayo de 2013, párr. 11.

³⁴ El Art. 116 de la Constitución española concierne a las autoridades competentes para declarar los estados de alarma, sitio y excepción y los procedimientos pertinentes.

³⁵ La legislación española sobre estados excepcionales se ha utilizado en 2010 con el fin de afrontar la situación de paralización del servicio público esencial del transporte aéreo (declaración del estado de alarma por RD 1673/2010 de 4 de diciembre, prorrogado con autorización del Congreso de los Diputados, en su sesión de 16 de diciembre, por RD 1717/2010 de 17 de diciembre).

³⁶ Art. 17, párr. 2, Constitución: “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

³⁷ Art. 18, párr. 2 y 3, Constitución: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3). Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

³⁸ *Infra*, párr. 129.

abusiva.³⁹ En este marco, a pesar de la existencia de un control parlamentario y de una intervención judicial, resulta particularmente preocupante la posibilidad de suspender el goce del derecho de libertad y seguridad personales de personas específicas en el marco de investigaciones relacionadas con bandas armadas o “elementos terroristas”.

Recomendación

Adoptar una disposición específica que establezca en el ordenamiento español el derecho inderogable de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada de acuerdo con el Art. 1 de la Convención y que afirme de forma expresa que no pueden invocarse circunstancias excepcionales tales como las descritas en el Art. 1 de la Convención como justificación del delito de desaparición forzada.

Art. 2, 4, 5 y 7 – Definición y tipificación del delito de desaparición forzada y desaparición forzada como crimen de lesa humanidad

25. España señala en su informe que los tipos penales de “detención ilegal” o “secuestro” actualmente tipificados en los Art. 163 a 172,⁴⁰ y el Art. 530 “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual”, del código penal español serían suficientes para cumplir con la obligación establecida por el Art. 4 de la Convención de tipificar la desaparición forzada como delito en la legislación penal.⁴¹
26. Sin embargo, este Comité ya se ha pronunciado claramente sobre la obligación que tienen los Estados partes de tipificar la desaparición forzada como delito autónomo en su legislación penal y de sancionarlo con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad. En este sentido, el Comité ha recomendado a un Estado parte que, como España, no cuenta con el tipo penal autónomo de desaparición forzada de personas “[...] que apruebe una definición del delito de desaparición forzada como delito aislado que esté en conformidad con la del Art. 2 de la Convención y que evite alteraciones del texto con cambios en el orden de los elementos de la frase o la introducción de nuevas expresiones”.⁴² Asimismo, el Comité ha destacado la importancia que los Estados establezcan penas apropiadas para el delito de desaparición forzada, subrayando como la existencia de un amplio margen entre las penas mínima y máxima previstas que otorgue un elevado margen de discrecionalidad a las autoridades judiciales y una pena mínima de 2 años no cumplen con lo establecido por el Art. 7 de la Convención. Así, el Comité ha recomendado al Estado: “reducir el amplio margen existente entre las penas mínima y máxima previstas para el delito de desaparición forzada, en particular asegurando que la pena mínima se ajuste al Art. 7 de la Convención y tenga debidamente en cuenta su extrema

³⁹ Ver, entre otros, Relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (en adelante “Relator especial sobre derechos humanos y terrorismo”), *Informe sobre la visita a España*, doc. A/HRC/10/3/Add.2 del 16 de diciembre de 2008, párr. 8-11 y 52-53.

⁴⁰ En realidad los Art. de 169 a 172 del código penal conciernen a “las amenazas” y no a la privación ilegal de libertad o al secuestro.

⁴¹ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 54-60.

⁴² CED, *Observaciones finales sobre Francia*, *supra* nota 33, párr. 13.

gravedad”.⁴³

27. Cabe señalar que el Comité se suma a una jurisprudencia consistente de organismos internacionales de protección de los derechos humanos en el sentido de destacar la obligación de los Estados de tipificar el delito de desaparición forzada de manera autónoma. Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (“GTDF”) ha reiteradamente afirmado la obligación de los Estados de tipificar el delito autónomo de desaparición forzada. Ya en 1995 el GTDF aprobó un comentario general sobre el Art. 4 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (“la Declaración”), en el que señaló que la obligación de tipificar la desaparición forzada como delito separado en la legislación penal interna “se aplica a todos los Estados, independientemente de que se den o no efectivamente en ellos casos de desaparición forzada. *No basta que los gobiernos se refieran a figuras penales preexistentes relativas a la privación forzada de la libertad, la tortura, la intimidación, el uso excesivo de la violencia, etc. Para dar cumplimiento al artículo 4 de la Declaración, debe tipificarse como delito separado el propio acto de desaparición forzada, según se prevé en la Declaración*”.⁴⁴ Ese criterio ha sido reiterado en diferentes ocasiones y en 2010 el GTDF ha publicado un estudio sobre las mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas, donde se destaca que “algunos Estados reconocen que todavía no han incorporado a su legislación nacional el delito de desaparición forzada, pero *aducen que su legislación establece salvaguardias frente a diversos delitos vinculados al de desaparición forzada o estrechamente relacionados con él, como los de secuestro, detención ilegal, privación ilegal de libertad, trata, constricción ilegal y abuso de poder. Sin embargo, la existencia de una pluralidad fragmentada de delitos no refleja la complejidad y el carácter particularmente grave de la desaparición forzada. Los delitos mencionados pueden formar parte de un tipo de desaparición forzada, pero ninguno de ellos es suficiente para abarcar todos los elementos constitutivos de esa figura delictiva, y en muchos casos no conllevan sanciones que tengan en cuenta la extrema gravedad de ese delito, por lo que no llegan a garantizar una protección completa*”.⁴⁵
28. La situación actual de España es exactamente la arriba descrita: **el código penal español tipifica varios delitos que pueden formar parte de una desaparición forzada. Sin embargo, ninguno de ellos abarca todos los elementos constitutivos de esta figura delictiva, ni mucho menos conlleva sanciones que tengan en cuenta la extrema gravedad del delito.**
29. Asimismo, esta situación no se solucionaría con la aprobación y entrada en vigor del Anteproyecto de Ley Orgánica por el cual se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal.⁴⁶ En respuesta a la **cuestión No. 3 formulada por el Comité** en su lista de cuestiones, hay que referir que **en el Anteproyecto no se tipifica a la desaparición forzada como delito autónomo y, si bien es cierto que las penas previstas para el delito de secuestro o detención ilegal se aumentarían**

⁴³ CED, *Observaciones finales sobre Uruguay*, supra nota 26, párr. 12.

⁴⁴ GTDF, *Comentario general sobre el Art. 4 de la Declaración*, doc. E/CN.4/1996/38 de 15 de enero de 1996, párr. 54.

⁴⁵ GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 11.

⁴⁶ El texto integral del Ante-proyecto es disponible en: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/05/22/anteproyecto_codigo_penal.PDF.

(secuestro: prisión de 10 a 15 años; detención ilegal: de 15 a 20 años; en ambos casos con posibles agravantes cuando la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad o cuando el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal con la intención de atentar contra la libertad o la integridad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esta finalidad) todavía no cumpliría con lo requerido por la Convención.

30. De acuerdo con la práctica y jurisprudencia internacionales en materia, la desaparición forzada de personas es un delito autónomo y toda definición del mismo debe contener como mínimo los tres elementos siguientes (de manera cumulativa): a) privación de libertad contra la voluntad de la persona interesada; b) participación de agentes gubernamentales, al menos indirectamente por aquiescencia; y c) negativa a reconocer la privación de libertad o el ocultamiento de la suerte y del paradero de la persona interesada.⁴⁷ Como consecuencia del delito la víctima es sustraída a la protección de la ley.
31. **Analizando las disposiciones del código penal español indicadas por el Estado (de 163 a 168 y 530) resulta de manera clara que ninguna reúne contemporáneamente los mencionados elementos constitutivos. Esto no cambia en el Anteproyecto de reforma del código penal.**
32. El actual Art. 163, párr. 1, del código penal español sanciona al particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, con prisión de 4 a 6 años. Esta disposición queda invariada en el Anteproyecto de reforma del código penal. Esta disposición incumple con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas, porque **sólo se aplica a particulares y no hace mención a la necesaria participación en el delito, aunque fuera indirecta por aquiescencia, de agentes gubernamentales, y no abarca el elemento constitutivo de la negativa a reconocer la privación de libertad o el ocultamiento de la suerte y del paradero de la persona interesada.** Asimismo, las **penas previstas no son conmensuradas** a la gravedad de una desaparición forzada.
33. El actual Art. 164 del código penal sanciona con privación de libertad de 6 a 10 años el secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad. El Anteproyecto de reforma del código penal no modificaría esta disposición. Esta disposición tampoco cumple con los estándares internacionales de tipificación del delito de desaparición forzada de personas. En primer lugar, **no se considera la privación de libertad de la víctima “en cualquier forma”, sino que se requiere la intención del autor de “exigir alguna condición para poner en libertad la víctima”.** Este elemento es ajeno a cualquier definición de desaparición forzada de persona de acuerdo con el derecho internacional. Asimismo, también en el caso del Art. 164 del código penal **la disposición sólo se aplica a particulares, mientras no se hace mención a la necesaria participación en el delito, aunque fuera indirecta por aquiescencia, de agentes gubernamentales. La disposición tampoco abarca el elemento constitutivo de la negativa a reconocer la privación de libertad o el ocultamiento de la suerte y el paradero de la persona interesada.** Finalmente, las penas previstas no serían conmensuradas a la gravedad de una desaparición forzada.

⁴⁷ Entre otros, GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 21.

34. El Art. 165 del código penal prevé circunstancias agravantes en el caso de que la detención ilegal o el secuestro se haya ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, la previsión de un aumento de la pena no sana la ineficacia de los Art. 163 y 164 a la hora de tipificar y sancionar una desaparición forzada tal y como definida por el Art. 2 de la Convención.
35. El Art. 166 del actual código penal prevé que el culpable de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los Art. 163, 164 y 165, **salvo que la haya dejado en libertad**. Como se ha señalado,⁴⁸ el Anteproyecto de reforma del código penal aumentaría las penas previstas hasta un máximo de 15 o 20 años de prisión. Sin embargo, el Art. 166 del código penal, al referirse a los delitos tipificados por los Art. 163 y 164 del código penal que, como ya se ha visto no cumplen con los estándares internacionales en la materia, tampoco respeta los mismos. En particular, **no prevé la participación como autores del delito, aunque fuera indirectamente, de funcionarios gubernamentales. Además, la fórmula “no dar razón del paradero de la víctima” no parece 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”**.
36. El Art. 167 del código penal prevé que la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los Art. 163, 164, 165 o 166 será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por un tiempo de 8 a 12 años. Si bien esta disposición permite sancionar a los funcionarios públicos que cometen una privación ilegal de libertad, un secuestro, o una privación de libertad seguida por el no dar razón del paradero de la víctima, **no cubre explícitamente el supuesto de autores que actúen con “la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”**, resultando así insuficiente de acuerdo con lo requerido por el Art. 2 de la Convención.
37. Finalmente, los Art. 530,⁴⁹ 531⁵⁰ y 532⁵¹ del código penal, que no serían modificados por la reforma prevista en el Anteproyecto, conciernen a “delitos cometidos por funcionarios públicos contra la libertad individual”. Sin embargo, estas disposiciones no tipifican conductas específicas, sino que prevén la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público para servidores responsables de una

⁴⁸ *Supra* párr. 29.

⁴⁹ Art. 530 código penal: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”.

⁵⁰ Art. 531 código penal: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

⁵¹ Art. 532 código penal: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

prolongación indebida de una privación de libertad, o de la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado. Si bien la inhabilitación de funcionarios públicos responsables de delitos contra la libertad individual es una sanción accesoria importante, **estas disposiciones no pueden considerarse una manera de cumplir con la obligación establecida por los Art. 4 y 7 de la Convención, debido a que no tipifican el delito de desaparición forzada ni establecen penas que, por si solas, puedan considerarse conmensuradas a la extrema gravedad de tal delito.**

38. En respuesta a la **cuestión No. 5 formulada por el Comité** en su lista de cuestiones, cabe resaltar que **la pena máxima prevista en el ordenamiento jurídico español vigente es de 20 años de privación de libertad (Art. 36). Sin embargo, se prevén penas privativas de libertad de hasta 25 y 30 años en relación con los delitos contra la corona (Art. 485), terrorismo (Art. 572) y delitos contra el derecho de gentes (Art. 605). Asimismo, el Art. 76 del código penal dispone que, para el responsable de dos o más delitos o faltas, la pena máxima podrá llegar inclusive a 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años; o cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo del capítulo VII del título XXII del libro II del código penal y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. La reforma del código penal prevista en el Anteproyecto no parece alterar dichos términos.**
39. En general, sobre las penas previstas para el delito de desaparición forzada el GTDF halló “en conformidad con la Declaración una pena de 25 a 40 años de prisión por el delito de desaparición forzada”.⁵² Asimismo, “en lo que respecta a las sanciones accesorias, el Grupo de Trabajo ha sostenido que la legislación nacional referente a la desaparición forzada debe prever medidas de inhabilitación administrativa para los autores del delito”⁵³ y que “además de las sanciones penales aplicables, los presuntos autores de las desapariciones forzadas estarán sujetos a la responsabilidad civil general”.⁵⁴
40. Por otro lado, España señala en su informe que el código penal vigente recoge en su Art. 607 bis y bajo la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad” la tipificación de los crímenes contra la humanidad, “tal y como están definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998”.⁵⁵
41. Cabe en primer lugar resaltar que **la tipificación de la desaparición forzada sólo en el supuesto de que sea cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque, ha sido considerada insuficiente a los efectos de la obligación internacional de los Estados de tipificar el delito de desaparición forzada.** En este sentido, el GTDF ha declarado que “Aunque no permita invocar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, un acto aislado de desaparición forzada sigue siendo un delito internacional y una violación flagrante de los derechos humanos, que conlleva la responsabilidad penal de los autores, en virtud de varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Por consiguiente, *los Estados no*

⁵² GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 40.

⁵³ *Ibid.*, párr. 45.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 46.

⁵⁵ Informe de España, supra nota 2, párr. 61.

pueden limitar el castigo de la desaparición forzada sólo a los casos en que constituya un crimen de lesa humanidad en el sentido dimanante del Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino que deben incluir en la definición del delito todos los actos de desaparición forzada”.⁵⁶ Asimismo, el GTDF ha recomendado que “la definición de desaparición forzada del Estatuto de Roma sea interpretada por las autoridades nacionales a la luz de la definición más apropiada que figura en el artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”.⁵⁷

42. El Art. 607 bis (que no sería modificado mediante la reforma del código penal) establece que son **reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en la disposición como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Asimismo, se indica que se considerará delito de lesa humanidad la comisión de las conductas tipificadas en la disposición “por razones de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”**. El párr. 6 del Art. 607 bis establece que se castigarán los reos con “la pena de prisión de 12 a 15 años cuando *detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida*”. El párr. 7 prevé la “pena de prisión de ocho a 12 años si *detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención*”, y el párr. 8 establece que “se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días”.
43. Sin embargo, el hecho de que el Art. 607 bis del código penal **imponga como condición previa para la configuración de los delitos de lesa humanidad, la circunstancia de la “pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”, no parece conforme al derecho internacional aplicable. Esta exigencia no se halla contenida en el Estatuto de Roma, salvo en lo que atañe al crimen de persecución**, en cuyo caso tal condición es una parte de la definición de la conducta. Demandar esta condición o exigencia previa para todos los demás delitos de lesa humanidad es una restricción indebida. Además, esta condición trae consigo la imposibilidad de someter a proceso en España casos que, de acuerdo con las obligaciones convencionales contraídas por España, deberían serlo sin más.
44. Sin embargo, ninguna de las disposiciones anteriormente mencionadas parece cubrir la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, tal y como definida por el Art. 7 del Estatuto de Roma, interpretada a la luz del Art. 2 de la Convención. El Art. 7, párr. 2, (i) del Estatuto de Roma define a la desaparición forzada de personas como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por

⁵⁶ GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 18 (el resaltado es agregado).

⁵⁷ GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 15.

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

45. Los párr. 6, 7 y 8 del Art. 607 bis del código penal español **no se conforman a la definición del delito proporcionada por el Estatuto de Roma: en primer lugar, sólo se habla de “detención de la víctima” o de “privación de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención”. Estos supuestos parecen más restrictivos de la fórmula empleada en el Estatuto de Roma, que se refiere a “la aprehensión, la detención y el secuestro de personas” como primer elemento constitutivo del delito. Asimismo, no resulta de ninguna manera de la letra del Art. 607 bis quiénes pueden ser los autores del delito, no quedando así claro que puede tratarse de agentes estatales o miembros de una organización política, o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de la organización política.**
46. Asimismo, en respuesta a la **cuestión No. 4 formulada por el Comité** en su lista de cuestiones, se señala que a parte de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de las penas impuestas por dichos delitos (Art. 131, párr. 4, y 133, párr. 2, del código penal), el Art. 615 bis establece la responsabilidad penal de jefes y otros superiores por delitos “contra la Comunidad Internacional”, en concordancia con el Art. 28 del Estatuto de Roma. Asimismo, el Art. 616 bis impide aplicar la eximente de responsabilidad penal de cumplimiento de un deber en los casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad.
47. Sin embargo, **la legislación española vigente no establece específicamente que el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.** En la práctica los tribunales españoles han consagrado la doctrina de la inmunidad absoluta de los jefes de Estado extranjeros en ejercicio.⁵⁸ **Tampoco se establece en el ordenamiento jurídico español que los presuntos autores de delitos de lesa humanidad no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal y serán juzgados sólo por las jurisdicciones de derecho común competentes, con exclusión de la jurisdicción militar.** La Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional tampoco reglamenta estos aspectos, dejando así lagunas importantes en el ordenamiento jurídico español en el contexto de la lucha contra la impunidad.⁵⁹

⁵⁸ Amnesty International, *España: ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad*, doc. AI-EUR/ 41/017/2008, p. 42.

⁵⁹ Véanse también el Conjunto de Principios actualizado para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (“Principios de Naciones Unidas contra la Impunidad”), doc. E/CN.4/2005/102/Add.1 del 8 de febrero de 2005; y Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (“Principios de Naciones Unidas sobre reparaciones”), adoptados mediante resolución de la Asamblea General 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

Recomendaciones

Tipificar la desaparición forzada como figura delictiva separada en el ordenamiento jurídico español, de acuerdo con la definición contenida en el Art. 2 de la Convención, estableciendo sanciones apropiadas que tengan en cuenta la extrema gravedad del delito.

Modificar la definición de desaparición forzada como delito de lesa humanidad contenida en el Art. 607 bis del código penal, asegurándose que la definición del delito sea conforme a lo establecido por el Estatuto de Roma, interpretado a la luz del Art. 2 de la Convención.

Asegurarse que se enmiende el Art. 607 bis del código penal de manera de no exigir para la configuración de todos los delitos de lesa humanidad la circunstancia de la “pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”. De acuerdo con el derecho internacional aplicable dicha exigencia se aplica sólo al delito de persecución, en cuyo caso es parte de la definición de la conducta.

Establecer explícitamente que el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal por delitos de lesa humanidad ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

Establecer de manera expresa en la legislación penal española que las órdenes de cometer crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Establecer explícitamente en la legislación española que los presuntos autores de delitos de lesa humanidad no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal, y sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes, con exclusión de la jurisdicción militar.

Art. 6 - Responsabilidad penal

48. El Estado señala en su informe que el código penal español considera criminalmente responsables de los delitos y faltas a los autores y a los cómplices y no es punible sólo el delito consumado, sino también se sancionan la tentativa, la conspiración, la proposición y la provocación del delito.⁶⁰ Asimismo, el Art. 168 del código penal (que no sería afectado por la reforma del código penal tal y como prevista por el Anteproyecto), dispone que “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate”. Según España este conjunto normativo ofrecería un “marco acabado que se ajusta al Convenio a los efectos de establecer la responsabilidad penal de quien participe, en las diversas formas que el Convenido describe, en una ‘desaparición forzada’. Queda incluido el supuesto del castigo a la superioridad cuya conducta según el caso concreto, podrá encuadrarse en las categorías penales de autor mediato, coautor o inductor, así como de inducción del delito. [...]”.⁶¹
49. Sin embargo, **la inexistencia en el ordenamiento jurídico español de una figura delictiva**

⁶⁰ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 70 y 71.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 79.

autónoma de desaparición forzada⁶² dificulta, cuando no hace directamente imposible la sanción penal de quienes ordenen, induzcan a la comisión de una desaparición forzada, intenten cometerla, sean cómplices o participen en la misma.

50. Además, la legislación española no se conforma con los estándares internacionales relativos a la responsabilidad de jefes o superiores. El arriba mencionado Art. 615 bis sobre la responsabilidad de los jefes militares sólo se aplica en casos de delitos de lesa humanidad, sin abarcar los casos de desaparición forzada que no se produzcan en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Por ello, el marco legislativo español incumple con lo expresamente establecido por el Art. 6, párr. 1 (b), de la Convención en materia de responsabilidad del superior en casos de desaparición forzada.
51. Además, el Art. 6, párr. 2, de la Convención indica que “ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada”. **Esta disposición no aparece debidamente reflejada por las normas penales y del régimen castrense citadas por el Estado en su informe.**⁶³
52. Si por un lado resulta que órdenes que constituyen una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico son radicalmente nulas, hay que recordar que la desaparición forzada como tal no figura como figura delictiva en el ordenamiento penal español. Asimismo, se dispone que los militares no estén obligados a obedecer órdenes que entrañan a la ejecución de actos constitutivos de delito, pero no se prohíben de manera expresa las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas (Art. 23, párr. 2, de la Convención), ni se establece de manera clara que toda persona que reciba una orden o instrucción de esta naturaleza de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, tiene el derecho y el deber de no obedecerla.⁶⁴

⁶² *Supra* párr. 25-45.

⁶³ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 83-85.

⁶⁴ Art. 6, párr. 1 y 2, de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas (“Declaración de 1992”).

Recomendaciones

Emendar la legislación española de manera que, de acuerdo con lo requerido por el Art. 6, párr. 1 (b), de la Convención se considere penalmente responsable y se sancione con penas adecuadas a la gravedad, al superior que

- i) haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente; ii) haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y iii) no haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Establecer de manera expresa en la legislación española que ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada, prohibiendo de manera explícita toda orden que disponga, autorice o aliente las desapariciones forzadas.

Establecer de manera expresa que toda persona que reciba una orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, que disponga, autorice, o aliente las desapariciones forzadas, tiene el derecho y el deber de no obedecerla.

II. Responsabilidad penal y cooperación judicial en materia de desaparición forzada (Art. 8-16)

Art. 8 - Prescripción del delito

53. En su informe al Comité, España señala que “en cuanto a los demás supuestos de detención ilegal/secuestro con desaparición o ‘desaparición forzada’, los mismos estarán sujetos al régimen de prescripción que con carácter universal se establece en la Parte General del CP (artículos 130.6; 131 y 132)”.⁶⁵ Asimismo, el Estado refiere que “[...] cuando la pena señalada sea de prisión por más de 10 y menos de 15 años, el plazo de prescripción es de 15 años”,⁶⁶ y agrega que “los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta”.⁶⁷
54. Como ya se ha señalado más arriba,⁶⁸ el código penal español dispone la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de las penas impuestas por tales delitos, lo cual es conforme a los estándares internacionales aplicables y al Art. 8, párr. 1, de la Convención. Sin embargo, **el ordenamiento jurídico español vigente no parece ofrecer suficientes garantías en casos de desapariciones forzadas que no se califiquen de delitos de lesa humanidad.**
55. En primer lugar, **la falta de un tipo penal autónomo de desaparición forzada,⁶⁹ merma gravemente la disciplina aplicable en materia de prescripción del delito. En la actualidad, se utilizarían tipos penales que no reflejan debidamente la gravedad y la complejidad del delito y por los cuales las penas previstas no parecen suficientemente graves.** Si bien es cierto que el Ante-proyecto de reforma del código penal aumentaría las penas previstas para el delito tipificado por el Art. 166 del código penal (privación de libertad entre 15 y 20 años), en la actualidad las penas previstas por los delitos definidos en los Art. 163, 164 y 166 del código penal, a falta de circunstancias agravantes, están entre un mínimo de 4 y un máximo de 10 años de privación de la libertad. De acuerdo con el párr. 1 del Art. 131 del código penal, por ello, a los distintos delitos aquí considerados se podría aplicar un término de prescripción de 10 años (cuando la pena máxima sea prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no exceda de 10); o de 15 años (cuando la pena máxima sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años).
56. Es útil observar que en sus observaciones finales sobre España, el Comité contra la tortura ha expresado su preocupación por el hecho que “[...] el crimen de tortura, entendido de manera

⁶⁵ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 96.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 98.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 99.

⁶⁸ *Supra* párr. 46.

⁶⁹ *Supra* párr. 25-45.

autónoma y contemplado en el artículo 174 del Código Penal, prescriba en el plazo máximo de 15 años, mientras que es imprescriptible sólo si es constitutivo de un crimen de lesa humanidad; es decir, cuando es cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella (artículo 607 bis del código penal)⁷⁰ y ha recomendado al Estado que asegure la imprescriptibilidad de la tortura en todo caso.

57. **El razonamiento formulado por el Comité contra la tortura es de aplicarse, *mutatis mutandis*, al caso de la desaparición forzada de personas**, recordando que también el GTDF ha recomendado a los Estados “disponer la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada, se defina este o no como crimen de lesa humanidad”.⁷¹
58. Asimismo, **la falta de un tipo penal autónomo de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico español y de una disposición que defina expresamente la desaparición forzada como delito permanente, dejan un margen de discrecionalidad muy amplio a las autoridades nacionales para determinar la naturaleza permanente o menos de los delitos definidos por los Art. 163-166 del código penal**, no asegurando realmente que el plazo de prescripción se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada.⁷²
59. Así es de señalarse que **en la sentencia No. 101/2012 de 27 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo ha declarado que los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo, incluso desapariciones forzadas, no deben investigarse judicialmente. En particular, según el Tribunal Supremo, “al haber transcurrido más de 20 años desde que se cometieron los hechos denunciados, ha expirado con creces el tiempo máximo de prescripción previsto por el Código Penal español”**.⁷³ Este razonamiento **contradice el principio según el cual los crímenes de derecho internacional, incluidas las desapariciones forzadas, son imprescriptibles y deben ser perseguidos sin límites temporales, y sanciona de hecho la impunidad de los responsables de estos hechos abominables**.⁷⁴ Lo anterior es claramente contrario a las obligaciones asumidas por España al ratificar la Convención y, especialmente, a lo dispuesto por el Art. 8 de la misma.
60. Además, es de referir que el Art. 133 del código penal español establece que las penas impuestas por sentencia firme prescriben a los 30 años (las de prisión por más de 20 años); 25

⁷⁰ CAT, *Observaciones finales sobre España*, supra nota 29, párr. 22.

⁷¹ GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 62 (k).

⁷² En este sentido, véase GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 34 y 62 (e).

⁷³ Tribunal Supremo, sentencia No. 101/2012 de 27 de febrero de 2012, fundamento en derecho segundo.

⁷⁴ Véase, Amnesty International, *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. EUR 41/140013, 2013, p. 5, disponible en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/EUR4140013-25119%20El%20tiempo%20pasa%20la%20impunidad%20permanece%20Informe?CMD=VEROBJ&MLKOB=32463093939>.

años (las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20); a los 20 años (las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15 años); a los 15 (las de inhabilitación por más de 6 años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de 5 años y que no excedan de 10). Sin embargo, como ya se mencionó, la pena impuesta por crímenes de lesa humanidad no prescribe.

61. A la luz de las carencias del ordenamiento jurídico español en cuanto a la falta de un tipo delictivo adecuado reiteradamente señaladas, parece que los términos de prescripción de la pena previstos por el Art. 133 del código penal, podrían contribuir a la impunidad de los perpetradores de desaparición forzada.⁷⁵ Así, como en el caso de la acción penal por desaparición forzada, también la pena prevista por este delito no debe prescribir, se defina o no como crimen de lesa humanidad.
62. Finalmente, el Art. 8, párr. 2, de la Convención requiere a los Estados partes que garanticen “a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción”. En la actualidad, como se verá más en detalle a continuación,⁷⁶ las víctimas de desapariciones forzadas que se siguen cometiendo, a la luz de la naturaleza permanente del delito, se definan estas como delitos de lesa humanidad o se deba recurrir a los tipos penales (inadecuados) previstos por los Art. 163-166 del código penal, no cuentan con un recurso eficaz que les garantice acceso a la justicia, mientras todo ejercicio de la acción penal está formalmente impedido por la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

Recomendaciones

Disponer la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas en todo caso, se defina este o no como crimen de lesa humanidad.

Definir expresamente la desaparición forzada como delito permanente.

Garantizar a las víctimas de toda desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción. En particular, en los casos donde se aplica un régimen de prescripción de la acción penal, suspender la prescripción durante el tiempo que las víctimas y sus familias no cuenten con recursos eficaces o éstos sean indisponibles, y hasta que se restablezcan.

Art. 9, 10 y 11 – El ejercicio de la jurisdicción universal y el principio *aut dedere aut judicare*

63. De acuerdo con los Art. 9, párr. 2, y 11 de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) en virtud del principio de jurisdicción universal, a los presuntos autores de desapariciones forzadas que se hallen en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Lo anterior aplica a todas desapariciones forzadas, que se definan o no como delitos

⁷⁵ En este sentido, Corte IDH, Caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, Ser. C No. 186, párr. 206.

⁷⁶ *Infra* párr. 84-95.

de lesa humanidad.

64. En este sentido, el GTDF ha declarado que “como garantía fundamental contra la impunidad, las legislaciones internas deben contemplar la aplicación, en los casos de desaparición forzada, del principio de jurisdicción universal, además del de *aut dedere aut judicare*, o en combinación con él. Ello permite a los Estados llevar ante la justicia a todas las personas presuntamente responsables de desapariciones forzadas que se encuentren en su territorio”.⁷⁷
65. En su informe el Estado se refiere a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”) y, especialmente, a su Art. 23.⁷⁸ Sin embargo, España omite explicar que dicha ley ha sido modificada a raíz de la adopción de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
66. **La Ley Orgánica 1/2009 ha restringido de manera considerable la competencia de los tribunales españoles y la aplicación del principio de jurisdicción universal.** Así, el Comité contra la tortura ha considerado necesario recomendar a España “[...] asegurar que esta reforma no obstaculice el ejercicio de su jurisdicción sobre todos actos de tortura de acuerdo con los artículos 5 y 7 de la Convención y en particular con el principio de *aut dedere aut judicare* contenido en los mismos”.⁷⁹ Este razonamiento es de aplicarse, *mutatis mutandis*, a la desaparición forzada de personas.
67. En la actualidad, el Art. 23, párr. 4, de la LOPJ establece la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: “genocidio y lesa humanidad [...]; cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España. Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, *para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España* y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”.

⁷⁷ GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 59. Ver también párr. 62 (m).

⁷⁸ Informe de España, supra nota 2, párr. 103-105.

⁷⁹ CAT, *Observaciones finales sobre España*, supra note 29, párr. 17.

68. En primer lugar, cabe recordar que **la definición de desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad contenida en el Art. 607 bis del código penal no es conforme con el derecho internacional aplicable.**⁸⁰ En consecuencia, **la posibilidad de ejercer la jurisdicción española por desapariciones forzadas cometidas en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional se ve fuertemente mermada.**
69. Además, a pesar de la clausula contenida en el párr. 4 del Art. 23 de la LOPJ, tal y como modificado por la Ley Orgánica 1/2009, que permite establecer la jurisdicción española sobre cualquier otro delito que, según los tratados y convenios internacionales deba ser perseguido en España, **la falta de adecuada tipificación del delito de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico español impediría en los hechos el juzgamiento de los responsables. La práctica de los tribunales españoles, a la que el mismo Estado hace referencia en su informe,**⁸¹ **requiere una precisa transposición en el derecho interno de los delitos previstos por el derecho internacional. En el caso contrario, no se considera posible aplicar directamente en un tribunal español un tipo penal establecido por el derecho internacional consuetudinario o definido en un convenio internacional, porque esto sería “contrario a los principios de tipicidad y legalidad”.**
70. Así, la falta de una figura delictiva específica de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico español, imposibilita la aplicación de la jurisdicción de los tribunales españoles de acuerdo con el Art. 23, párr. 4, de la LOPJ y contrariamente a lo requerido por los Art. 9, párr. 2, y 11 de la Convención.
71. Además, en su nueva formulación el Art. 23, párr. 4, de la LOPJ **limita el alcance de la jurisdicción universal, estableciendo condiciones para el ejercicio de dicha jurisdicción que antes no se exigían, a saber, la necesidad de acreditar “que los presuntos responsables se encuentren en España o que existan víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España” y, en todo caso, que “en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”.**
72. Estas condiciones no resultan conformes al derecho internacional aplicable y, en particular, a los Art. 9, párr. 2, y 11 de la Convención que requieren a los Estados partes asegurar la competencia de sus tribunales para el ejercicio de la acción penal cuando el presunto autor de

⁸⁰ *Supra* párr. 42-45.

⁸¹ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 28-32.

una desaparición forzada se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción. **El criterio del “vínculo de conexión relevante con España” es un requisito indebidamente restrictivo del principio de jurisdicción universal, así como la imposición de la carga de la prueba de la presencia del presunto responsable en el territorio de España sobre quienes soliciten el ejercicio de la acción penal.**⁸²

73. Más allá de establecer el principio de jurisdicción universal, la Convención requiere a los Estados partes proceder a la detención de personas de las que se supone que han cometido un delito de desaparición forzada y se encuentren en su territorio y tomar todas otras medidas legales necesarias para asegurar su presencia (Art. 10, párr. 1), y proceder inmediatamente a una investigación preliminar o averiguación de los hechos (Art. 10, párr. 2).
74. En el sistema español, el ejercicio de la acción penal entraña la petición al órgano jurisdiccional de que se actúe en un asunto en particular, petición que puede hacer el Ministerio Público (fiscal) o un particular.⁸³ La Constitución y legislación española reconocen a todos los ciudadanos el derecho a ejercer la acción popular en defensa de intereses colectivos legítimos. Por otro lado, según el Art. 124 de la Constitución española es función del Ministerio Fiscal “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. Sin embargo, cabe resaltar que ninguno de los procesos de jurisdicción universal en España, que tienen por objeto defender intereses de inapreciable valor para la comunidad internacional, se han iniciado a instancias del Ministerio Fiscal.⁸⁴ **Si bien el Ministerio Fiscal es un órgano autónomo, éste se rige por instrucciones y circulares internas que, en algunos casos, no son públicas. Así, la postura del Ministerio Fiscal en los casos de jurisdicción universal ha cambiado en el curso del tiempo. En casos más recientes, la Fiscalía se ha mostrado en general contraria a las querellas basadas en el principio de universalidad.**⁸⁵
75. El informe español presentado al Comité no proporciona información específica sobre las medidas adoptadas para cumplir con la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), que, como ya se señaló al comienzo de esta sección, se halla estrictamente relacionada con el principio de jurisdicción universal y consagrada en los Art. 9, párr. 2; 10, párr.

⁸² Véase, entre otros, Redress, FIDH, *Extraterritorial Jurisdiction in the European Union – A Study of the Laws and Practice in the 27 Member States of the European Union*, 2010, pp. 238-244, disponible en http://fidh.org/IMG/pdf/Extraterritorial_Jurisdiction_In_the_27_Member_States_of_the_European_Union_FINAL.pdf; y Amnesty International, *España: ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad*, *supra* nota 58, pp. 49-50.

⁸³ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 111.

⁸⁴ Amnesty International, *España: ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad*, *supra* nota 58, p. 49.

⁸⁵ *Ibid.*

1, y 11, párr. 1, de la Convención.

76. En España la **decisión judicial acordando la extradición de una persona no es vinculante para el gobierno, y no cabe recurso alguno contra las decisiones del mismo, sea concediendo o denegando la extradición,**⁸⁶ salvo en el caso de la llamada “Euro-orden” que agiliza la detención y entrega de personas. **La posibilidad de una injerencia del poder ejecutivo tras una decisión final de la justicia en materia de extradición no parece conforme con el derecho internacional aplicable.**
77. Asimismo, excepto en el caso de la orden europea de detención y entrega, la legislación española en materia de extradición requiere la doble incriminación de la conducta delictiva, a saber, la conducta que motiva la solicitud de extradición ha de estar tipificada como delito tanto en España como en el Estado requirente. Además, dicha conducta – para ser objeto de la extradición – deberá traer aparejada una sanción que “no sea inferior a un año de privación de libertad”, excluyéndose de tal modo las faltas o infracciones leves.⁸⁷
78. Además, el Art. 4, párr. 4, de la Ley de Extradición Pasiva dispone que que no se concederá la extradición **“cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal conforme a la Legislación Española o la del estado requirente”**. Esta disposición, a la luz de los **obstáculos arriba expuestos en materia de prescripción de la acción y de la pena en casos de desaparición forzada,**⁸⁸ puede constituir un obstáculo mayor en la concesión de una extradición.⁸⁹
79. Por otro lado, tanto el Art. 9, párr. 2, de la Convención, como el Art. 11, párr. 1, de la misma prevén la posibilidad que un Estado parte transfiera al presunto autor de desaparición forzada que se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido. En este sentido, hay que subrayar como **la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional contiene una disposición problemática (Art. 7, párr. 2), debido a que consagra la regla opuesta a la establecida en el Estatuto de Roma en materia de complementariedad e impone una limitación temporal al ejercicio de la jurisdicción universal.** El mencionado artículo dispone que “cuando se

⁸⁶ Art. 6 y 17 de la Ley No 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Sólo se denegarán si se da alguna de las razones expuestas en una lista tasada (Art. 4 y 5 de la Ley de Extradición Pasiva).

⁸⁷ Art. 2, párr. 1, y 4, párr. 6, de la Ley de Extradición Pasiva.

⁸⁸ *Supra* párr. 53-62.

⁸⁹ En 2007, las autoridades judiciales de Argentina solicitaron a España la extradición de la antigua presidenta María Estela Martínez de Perón por su supuesta responsabilidad penal individual en detenciones ilegales y desapariciones cometidas por fuerzas paramilitares entre 1974 y 1976. La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó la extradición al considerar que – apartándose de la calificación legal que contenía el pedido de extradición - los delitos que se le imputaban no eran delitos de lesa humanidad y, por tanto, se hallaban prescritos. En general, sobre los obstáculos existentes en material de extradición pasiva en España véase Amnesty International, *España: ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad*, *supra* nota 58, pp. 61-69.

presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”.

80. **La Ley Orgánica de Cooperación invierte el principio de complementariedad, desligándose de antemano de casos judiciales que deberían ser atendidos por sus propios tribunales en primer término, derivándolos al Fiscal de la Corte. Asimismo, la disposición referida prevé que los órganos estatales que menciona deben abstenerse de todo procedimiento, salvo el de informar al solicitante la posibilidad de acudir al Fiscal de la Corte Penal Internacional, aún en el caso de que los supuestos responsables de dichos crímenes se encontraran en territorio sometido a la jurisdicción de España.** Esta disposición es contraria a lo establecido por los Art. 9, párr. 2, y 11, párr. 1, de la Convención.
81. Como ya se ha señalado más arriba,⁹⁰ **la legislación española en casos de delitos de lesa humanidad no establece de manera expresa que el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. Sin embargo, tampoco se dispone que no se admitirán privilegios, inmunidades ni dispensas especiales en todo proceso contra presuntos autores de desapariciones forzadas.**
82. Finalmente, en respuesta a la **cuestión No. 8 formulada por el Comité** en su lista de cuestiones, cabe señalar que el Art. 117, párr. 5, de la Constitución española dispone que la jurisdicción militar se aplica en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio. Asimismo, se prohíben los tribunales “de excepción” (Art. 117, párr. 6). Sin embargo, **ninguna disposición del código penal militar español establece de manera expresa que la desaparición forzada no puede considerarse como delito cometido en acto de servicio.** En este sentido vale recordar que el GTDF ha recomendado a los Estados “disponer que la desaparición forzada no puede considerarse nunca como delito cometido en acto de servicio, y

⁹⁰ *Supra* párr. 47.

que los tribunales militares y otros tribunales especiales carecen de jurisdicción en casos de desaparición forzada”.⁹¹

Recomendaciones

Enmendar las disposiciones del ordenamiento jurídico que restringen indebidamente el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles. En particular, asegurarse que se prevea expresamente la competencia de los tribunales españoles para juzgar a presuntos autores de desaparición forzada, se defina este o no como crimen de lesa humanidad, que se hallen en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Además, enmendar las disposiciones existentes que requieren comprobar la existencia de un “vínculo de conexión relevante con España” del presunto responsable para poder ejercer la jurisdicción de los tribunales españoles.

Asegurar que las actuaciones y decisiones de las autoridades judiciales, especialmente en el ejercicio del principio de jurisdicción universal, sean adoptadas de manera independiente, con base exclusivamente en consideraciones jurídicas y sin injerencias políticas.

Asegurar que en casos de extradición pasiva el gobierno no pueda ejercer injerencias políticas en las actuaciones judiciales y que se elimine el requisito de la doble incriminación de la conducta delictiva para conceder la extradición en casos de desaparición forzada de personas.

Adoptar las medidas necesarias para enmendar o derogar los párr. 2 y 3 del Art. 7 de la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional, asegurando el respeto del principio de complementariedad y de las obligaciones dimanantes de los Art. 9, párr. 2, y 11, párr. 1, de la Convención.

Establecer de manera explícita en el ordenamiento jurídico español que no se admitirán privilegios, inmunidades ni dispensas especiales en procesos contra presuntos autores de delitos de desaparición forzada.

Establecer de manera explícita en el ordenamiento jurídico español que la desaparición forzada no puede considerarse nunca como delito cometido en acto de servicio, y que los tribunales militares carecen de jurisdicción en casos de desaparición forzada.

Art. 12 – Obligación de investigar

83. En su informe relativo a las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, España dedica muy poco espacio a las medidas adoptadas para asegurar que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, que examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial (Art. 12, párr. 1, de la Convención).⁹² Sin embargo, el Estado alega de una manera genérica que “el conjunto normativo expuesto se aplica, *sin ninguna salvedad o excepción*, a los delitos de detención ilegal/secuestro sin dar razón del paradero”.⁹³

84. **La afirmación del Estado no corresponde a la realidad ya que omite mencionar los obstáculos,**

⁹¹ GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 62 (l).

⁹² Informe de España, supra nota 2, párr. 120-124.

⁹³ *Ibid.*, párr. 124 (el resaltado es agregado).

hasta la fecha imposibles de superar, que incluyen la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, cuya aplicación impide la investigación exhaustiva e imparcial de miles de denuncias de desapariciones forzadas y el juzgamiento y la sanción de los responsables.

85. A pesar del intento por parte de España de limitar el enfoque de su informe y, como consecuencia, de las observaciones finales del Comité, sobre los cuales ya se ha ampliamente comentado arriba,⁹⁴ vale la pena aquí reiterar que **la obligación de investigar las alegaciones de desaparición forzada dispuesta por el Art. 12 de la Convención debe leerse en conjunto con los Art. 8 y 24, párr. 6, de la misma, que establecen respectivamente el carácter continuo o permanente del delito y la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida. En la actualidad España incumple de manera flagrante con estas disposiciones y, aún después de la ratificación de la Convención, no ha adoptado ninguna medida para cumplir con sus obligaciones internacionales y eliminar los obstáculos existentes.**
86. Los informes *“Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España”* y *“El tiempo pasa, la impunidad permanece”* presentados por Amnesty International respectivamente en mayo de 2012 y en junio de 2013, ilustran de manera clara y detallada los obstáculos encontrados por miles de personas que han interpuesto denuncias y para que se investigaran crímenes, incluso desapariciones forzadas, cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo (1936-1975). Sin embargo, hasta ahora España no cumple con su obligación de investigar de manera exhaustiva e imparcial dichas alegaciones. TRIAL suscribe plenamente las consideraciones y recomendaciones expresadas por Amnesty International en los dos informes mencionados y, en general, invita al Comité a tomarlos en cuenta a la hora de adoptar sus observaciones finales.
87. Vale la pena recordar que el 14 de diciembre de 2006, víctimas, familiares y asociaciones memorialistas interpusieron una querrela ante la Audiencia Nacional por delitos de lesa humanidad cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, a la que se fueron sumando las denuncias que daban cuenta de la desaparición forzada de 114.266 personas entre el 17 de julio de 1936 y diciembre de 1951. En noviembre de 2008, **el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional, se inhibió para conocer de la querrela y de dicha inhibición se derivó la competencia a numerosos juzgados territoriales competentes. Estos últimos han demostrado una tendencia al archivo sistemático de los casos, casi siempre de plano y sin haber practicado ningún tipo de diligencias con vistas a la investigación de los hechos.**
88. **El 27 de febrero de 2012 el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, emitió la sentencia No. 101/2012, mediante la cual indicó varias razones que impedirían a los jueces españoles investigar los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo. En particular, el Tribunal Supremo ha considerado**

⁹⁴ *Supra* párr. 1-18.

errónea la calificación como crímenes de lesa humanidad los hechos ocurridos entre 1936 y 1951, ya que en su momento –según el Tribunal– no eran considerados como tales por el ordenamiento jurídico español y, por lo tanto, no pueden ser investigados.⁹⁵ Esta interpretación, que no respeta el derecho internacional aplicable y los principios establecidos por la jurisprudencia internacional, parece cerrar definitivamente la posibilidad de investigar las desapariciones comenzadas entre 1936-1951 y que se siguen cometiendo.

89. Además, la sentencia del Tribunal Supremo afirma que **los jueces españoles no serían competentes por impedimentos que existirían en el derecho interno, a saber prescripción de los hechos, el fallecimiento de las personas culpables y la vigencia de la Ley de Amnistía de 1977. Esta sentencia, emitida posteriormente a la entrada en vigor de la Convención en España (23 de diciembre de 2010) frustra completamente las obligaciones internacionales asumidas por España al ratificar, entre otros, la Convención.** Considerando que el Comité debe analizar, de acuerdo con el Art. 29 de la Convención, las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones contraídas en virtud de la misma, el Comité deberá considerar si la sentencia del Tribunal Supremo y los principios en ella declarados pueden considerarse conformes a las obligaciones asumidas por España.
90. El Tribunal Supremo ha afirmado que **“al haber transcurrido más de 20 años desde que se cometieron los hechos denunciados ha expirado con creces el tiempo máximo de prescripción previsto por el Código Penal español”**.⁹⁶ Esta consideración no sólo es **contraria al propio ordenamiento penal español que consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad**,⁹⁷ sino también a los Art. 5 y 8, párr. 1, de la Convención.
91. Además el Tribunal Supremo reafirma la importancia de la Ley de Amnistía, considerada necesaria para facilitar la transición en España, señalando que los jueces no pueden en ningún caso derogar las leyes. **El fallo del Tribunal Supremo consagra así la práctica de los juzgados territoriales de aplicar una amnistía a crímenes de derecho internacional, la cual es manifiestamente contraria al derecho internacional aplicable, también considerando que los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado** (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 27).
92. La Ley de Amnistía de 1977 ha sido considerada incompatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos por múltiples organismos internacionales. En 2009, el Comité

⁹⁵ Amnesty International, *Casos cerrados, heridas abiertas, El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, 2012, disponible en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/44110112-6297%20Informe%20heridas%20abiertas?CMD=VEROBJ&MLKOB=31218154242>, pp. 18-19.

⁹⁶ Tribunal Supremo, sentencia No. 101/2012 de 27 de febrero de 2012, Fundamentos de Derecho Quinto.

⁹⁷ *Supra* párr. 46.

contra la Tortura ha indicado “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 jus 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*”.⁹⁸ En este sentido, el Comité ha sido muy claro al recomendar que Estado asegure “[...] *que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía*. Al respecto, el Comité alienta al Estado parte a *continuar e incrementar sus esfuerzos para ayudar a las familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, identificarlos y obtener las exhumaciones de sus restos, siempre que sea posible*. Asimismo, el Comité reitera que, de acuerdo al artículo 14 de la Convención, el Estado parte debe asegurar la reparación y el derecho a una indemnización a toda víctima de actos de tortura”.⁹⁹

93. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación con respecto al mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía de 1977. Asimismo, ha recordado que “los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus Observaciones generales N° 20 (1992), relativas al artículo 7, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y N° 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, [...] 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 identificación de las personas desaparecidas”.¹⁰⁰ En este sentido el Comité ha recomendado a España “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; y d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas”.¹⁰¹
94. En el marco del examen periódico universal España ha recibido la recomendación de “investigar y sancionar los delitos de desaparición forzada y prever la reparación de los mismos, *independientemente de cuándo se hayan producido*, habida cuenta del carácter imprescriptible de ese

⁹⁸ CAT, *Observaciones finales sobre España*, supra nota 29, párr. 21.

⁹⁹ *Ibid.* (el resaltado es agregado).

¹⁰⁰ Comité de Derechos Humanos (CDH), *Observaciones finales sobre España*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5 de 31 de octubre de 2008, párr. 9.

¹⁰¹ *Ibid.*

delito y de conformidad con sus obligaciones internacionales”.¹⁰²

95. Por su parte el GTDF ha recomendado en general a los Estados “excluir de la aplicación de leyes de amnistía o medidas similares el delito de desaparición forzada, se defina este o no como crimen de lesa humanidad”.¹⁰³
96. Asimismo, el Art. 12, párr. 1, de la Convención requiere a los Estados partes tomar medidas adecuadas para asegurar la protección contra todo maltrato o intimidación, entre otros, de quienes participen en la investigación.
97. Aunque España no lo menciona en su informe al Comité, también tomando **en cuenta la cuestión No. 9 de la lista de cuestiones**, se debe señalar que **se han registrado episodios de interferencias – en oportunidades asimilables con una verdadera intimidación – con respecto a los intentos de investigar casos de desaparición forzada comenzados durante la Guerra Civil y el franquismo.**
98. La referencia es en particular a los intentos de sancionar al Juez Baltasar Garzón a raíz de su tentativa de abrir una investigación sobre las desapariciones forzadas comenzadas entre 1936 y 1951.¹⁰⁴ Tanto el fiscal jefe de la Audiencia Nacional acusó a Garzón de haber violentado las reglas del proceso penal por haber intentado derogar la Ley de Amnistía de 1977, como el Tribunal Supremo admitió a trámite en mayo de 2009 una querrela interpuesta contra Garzón por el “sindicato” Manos Limpias, en la que se le acusaba de prevaricación por haberse excedido en sus competencias. Sucesivamente se admitieron otras dos querellas interpuestas por “Libertad e Identidad” y “Falange Española de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista”.¹⁰⁵ En el ordenamiento jurídico español vigente, el cargo de prevaricación puede conllevar una inhabilitación de 12 a 20 años.
99. Durante el procedimiento ante el Tribunal Supremo el Juez Garzón fue suspendido de sus funciones. Aunque Baltasar Garzón en 2012 haya sido finalmente absuelto de los cargos en su contra por haber tratado de investigar los crímenes del franquismo (en la arriba mencionada sentencia No. 101/2012 del 27 de febrero de 2012),¹⁰⁶ distintos mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos han denunciado la gravedad de estos procedimientos en su contra y su incompatibilidad con el derecho internacional aplicable. En particular la Relatora especial sobre la independencia de los jueces y abogados y el GTDF han declarado que “es lamentable que el Juez Garzón pudiese ser castigado por haber abierto una investigación en línea con las obligaciones de España de investigar violaciones de derechos humanos de conformidad con los principios del derecho internacional. [...] La defensa del estado de derecho requiere un compromiso incondicional con la justicia y los derechos

¹⁰² Informe del Grupo de Trabajo sobre el examen periódico universal – España, doc. A/HRC/15/6 de 16 de junio de 2010, párr. 86.26 (el resaltado es agregado).

¹⁰³ GTDF, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, supra nota 6, párr. 62 (i).

¹⁰⁴ El Juez Garzón se había declarado competente para investigar dichos crímenes el 16 de octubre de 2008. Sin embargo, sucesivamente se inhibió a favor de las jurisdicciones territoriales.

¹⁰⁵ En marzo de 2008 el Juez Garzón había sido querrellado e investigado por los pagos percibidos por cursos impartidos en la Universidad de Nueva York. El 13 de febrero de 2012 el caso fue archivado por prescripción.

¹⁰⁶ Baltasar Garzón ha sido condenado por el Tribunal Supremo a 11 años de inhabilitación por prevaricación en otro caso no relacionado con crímenes del franquismo y ha sido expulsado de la carrera judicial.

humanos. En el pleno respeto de la independencia y autonomía de la judicatura, *los supuestos errores en decisiones judiciales no deben ser motivo para la remoción de un juez y, menos aún, para el inicio de un proceso penal. [...] La autonomía en la interpretación de la ley es un elemento fundamental en el rol del juez y para el avance de los derechos humanos*".¹⁰⁷

100. Es indiscutible que **lo acontecido al Juez Garzón tiene como consecuencia disuadir a otros magistrados que quisieran abrir investigaciones sobre las desapariciones forzadas comenzadas durante la Guerra Civil y el franquismo y que quieran dar ejecución a las recomendaciones de los distintos mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos en el sentido de derogar y no aplicar la Ley de Amnistía de 1977. Esta situación representa una forma de intimidación indirecta que no permite a los magistrados españoles cumplir con su deber de investigar exhaustiva e imparcialmente las desapariciones forzadas comenzadas durante la Guerra Civil y el franquismo.**
101. Analizando una situación análoga, el propio Comité ha expresado su preocupación con respecto a normativas para el traslado y remoción de magistrados que pueden comprometer la independencia interna del Poder Judicial y ha resaltado la "importancia que tiene la independencia de las autoridades encargadas de perseguir estos crímenes, como garantía para asegurar que la investigación, juzgamiento y sanción de las desapariciones forzadas sea eficaz".¹⁰⁸

Recomendaciones

Adoptar todas las medidas necesarias, incluso legislativas, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular derogando la Ley de Amnistía de 1977.

Adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que todas las autoridades nacionales, incluso el poder judicial, reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

Tomar todas las medidas necesarias para asegurar la independencia interna del Poder Judicial, asegurándose que no se puedan utilizar medidas como el traslado o la remoción de magistrados para obstaculizar la investigación, el juzgamiento y la sanción de desapariciones forzadas. En particular, tomar todas las medidas para garantizar la autonomía de los jueces en la interpretación de la ley y asegurarse que supuestos errores en decisiones judiciales no sean motivo para la remoción de un juez ni para el inicio de un proceso penal.

Art. 13 y 16– Extradición y Non refoulement

102. El Art. 13 de la Convención indica que a los efectos de extradición entre Estados partes, el delito de desaparición forzada no será considerado delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos. Sin embargo, como resulta del informe presentado al

¹⁰⁷ Declaración conjunta de la Relatora especial sobre la independencia de los jueces y abogados y del GTDF, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11805&LangID=S> (el resaltado es agregado).

¹⁰⁸ CED, *Observaciones finales sobre Uruguay*, supra nota 26, párr. 15.

Comité por España, en el marco jurídico vigente “no se incluye la definición de delito político, pero el artículo primero de la LExtr dispone expresamente que ‘las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte’”.¹⁰⁹

103. Además el Estado considera que “de este conjunto normativo resulta que hay una llamada expresa de la ley interna a la aplicación preferente en materia de extradición de lo previsto en los tratados o convenios internacionales que hayan sido ratificados por España. En consecuencia, disponiéndose en la Convención la imposibilidad de caracterizar la detención ilegal/secuestro con desaparición o ‘desaparición forzada’ como delito político, no hay duda de la aplicación y vigencia de dicha prohibición en el derecho interno”.¹¹⁰
104. En realidad, el **Art. 1 de la Ley 4/1985, de 24 de marzo, de Extradición Pasiva, afirma que no se considerarán delitos de carácter político “los actos de terrorismo; los crímenes contra la Humanidad previstos por el Convenio para la Prevención y Penalización del Crimen de Genocidio [...] ni el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia”.** Esta redacción es incompleta y no parece respetar el derecho internacional aplicable al no establecer de manera clara que todo delito o crimen de derecho internacional, y en particular toda desaparición forzada, no constituye un delito político. La situación de falta de claridad en la definición de “delitos políticos” se ve agravada por el hecho que **varios de los tratados de extradición concluidos por España retoman definiciones similares a la contenida en la Ley de Extradición Pasiva.** Por ejemplo, el Art. 5, párr. 1, del Tratado de extradición entre el Reino de España y la República del Perú del 25 de enero de 1994 establece que “no se concederá la extradición por delitos considerados como políticos o conexos con delitos de esta naturaleza. La mera alegación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no lo calificará por sí como un delito de carácter político. A los efectos de este Tratado, en ningún caso se considerarán delitos políticos: a) El atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de Gobierno o de un miembro de su familia, b) Los actos de terrorismo, c) Los crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad”. Como puede verse, la falta de claridad de la definición de delito político contenida en la Ley de Extradición Pasiva se refleja también en tratados bilaterales que no parecen establecer de manera terminante la imposibilidad de considerar una desaparición forzada un delito político.
105. Asimismo, el Estado declara que “la circunstancia ya examinada en el presente informe, de que la tipificación de la desaparición forzada en nuestro ordenamiento interno se realice a través de

¹⁰⁹ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 127.

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 128.

varios delitos que no se denominan estrictamente ‘desaparición forzada’, no implica en modo alguno que las autoridades españolas puedan denegar la asistencia judicial o la petición de extradición por este delito so pretexto de la falta del requisito de doble incriminación”.¹¹¹

106. Contrariamente a lo alegado por el Estado, y como ya se ha señalado más arriba,¹¹² **la legislación española sobre extradición pasiva requiere en efecto la doble incriminación y la falta de una tipificación adecuada del delito de desaparición forzada en el ordenamiento interno representa un obstáculo adicional.**
107. Finalmente, cabe señalar que si bien el Art. 13, párr. 3, de la Convención establece que los Estados partes se comprometen a “incluir el delito de desaparición forzada entre los delitos susceptibles de extradición en todo tratado que celebren entre sí con posterioridad”, **España no ha incluido esta mención explícita en tratados bilaterales celebrados después de la entrada en vigor de la Convención.**¹¹³
108. Por otro lado, el Art. 16, párr. 1, de la Convención establece que “ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada”.
109. En respuesta a **la cuestión No. 13 de la lista de cuestiones** presentadas a España por el Comité, cabe señalar que **en la actualidad no parecen existir acuerdos bilaterales de extradición que incluyan expresamente la posibilidad de denegar la extradición de una persona cuando haya razones para creer que podría ser sometida a una desaparición forzada, aunque algunos de los tratados existentes prevean que no se concederá la extradición cuando el reclamado pueda ser expuesto a tratos inhumanos o degradantes. Si por un lado la falta de una referencia explícita a la desaparición forzada se podría comprender en tratados bilaterales concluidos antes de la fecha de entrada en vigor de la Convención por España (a saber 23 de diciembre de 2010), es de señalar que también tratados concluidos posteriormente no incluyen expresamente la posibilidad de denegar la extradición de una persona cuando haya razones para creer que podría ser sometida a una desaparición forzada.**¹¹⁴
110. Asimismo, a pesar de que en su informe España señala que “en el ordenamiento jurídico y en la práctica judicial española se han establecido numerosas cautelas que pretenden evitar y evitan

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 130.

¹¹² *Supra* párr. 77.

¹¹³ Véase, por ejemplo, el Tratado bilateral de extradición entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 21 de noviembre de 2012, entrado en vigor el 1º de agosto de 2013, publicado en el Boletín Oficial del Estado No. 169 de 16 de julio de 2013.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, el Tratado bilateral de extradición entre el Reino de España y la República de Kazajstán, *supra* nota 113. Cabe resaltar que en dicho tratado tampoco se determina que la desaparición forzada no puede considerarse un delito político (Art. 3, párr. 2, “no se considerarán delitos políticos los delitos de terrorismo”).

que las devoluciones o entregas de personas reclamadas a un Estado, pudieran suponer para dichas personas el peligro de ver violados sus derechos y libertades fundamentales, incluido el peligro de ser víctimas de un delito originado en la actuación directa o indirecta del Estado, como es el de desaparición forzada”,¹¹⁵ la realidad parece ser diferente.

111. También a título de respuesta **a las cuestiones No. 12, 14 y 15 de la lista de cuestiones elaborada por el Comité**, vale reiterar las observaciones formuladas por el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo tras su visita a España. En particular, el Relator destacó que “en el párrafo 6 del artículo 4 de la Ley de extradición pasiva, se prohíbe conceder la extradición cuando la persona reclamada pudiera ser ejecutada o sometida a tratos inhumanos o degradantes. Según la jurisprudencia española, la pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional se considera trato inhumano. El Relator Especial recibió seguridades de que las autoridades españolas cumplen estrictamente las normas internacionales de derechos humanos cuando se procede a la extradición de una persona acusada o declarada culpable de delitos de terrorismo. *No obstante, no todos los acuerdos bilaterales de extradición firmados por España incluyen una obligación expresa de denegar la extradición de una persona si existe riesgo de torturas o trato cruel, inhumano o degradante, y el Relator Especial recuerda la obligación internacional de evaluar caso por caso la existencia de un riesgo real de que una persona pueda ser sometida a ese tipo de trato al adoptar la decisión sobre extradición, con independencia de las garantías que pueda dar el país receptor.* En el curso de su visita, el Relator Especial tuvo conocimiento de un caso pendiente relativo a una persona de origen checheno que podría ser extraditado a Rusia por delitos de terrorismo. Al cabo de un largo proceso, la Audiencia Nacional aprobó la extradición sobre la base de las garantías diplomáticas que se habían dado de que no se producirían malos tratos; posteriormente el tribunal modificó las condiciones de la extradición sin convocar siquiera al interesado o su abogado, lo que ya constituye infracción del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El Relator Especial se quedó sorprendido al enterarse de que la extradición se había llevado a efecto el 31 de diciembre de 2007, pese a sus constantes gestiones para impedirlo. Profundamente preocupado por las circunstancias de la extradición, el Relator Especial recuerda que está muy extendida la opinión de que *las garantías diplomáticas son inoperantes cuando se trata del riesgo de torturas u otros malos tratos, como queda reflejado en varios casos examinados por los órganos internacionales de derechos humanos.* Según una sentencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la extradición de un

¹¹⁵ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 135.

sospechoso de terrorismo, el hecho de que el terrorismo suponga una clara dificultad para los Estados a la hora de proteger a sus habitantes no puede ir en detrimento de las obligaciones derivadas de la prohibición absoluta de la tortura y, en particular, la de no expulsar a una persona a un país donde correría un grave riesgo de ser sometido a un trato que violase lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como consecuencia, el Tribunal rechazó también la pretensión de exigir un nivel de prueba más riguroso al evaluar el riesgo de que vayan a infligirse malos tratos si se considera que la persona representa un grave peligro para la colectividad”.¹¹⁶

112. Asimismo, el Relator informó haber recibido “información acerca de vuelos organizados por la CIA hacia o desde Guantánamo que, entre 2002 y 2007, hicieron escala en territorio español o lo sobrevolaron, con escalas en aeropuertos militares españoles utilizados por los Estados Unidos de América. Las autoridades españolas informaron al Relator Especial de que esos vuelos habían aterrizado efectivamente en aeropuertos civiles españoles, al menos a principios de 2004, pero no había pruebas de que se hubieran producido violaciones de los derechos humanos en relación con esos incidentes. El Relator Especial está también informado de las investigaciones de la Guardia Civil que concluyen que los ocupantes de los supuestos vuelos de la CIA no realizaron actividades ilícitas durante sus escalas en Palma de Mallorca, así como de las actuaciones judiciales en curso en la Audiencia Nacional en ese mismo contexto. Profundamente preocupado por los programas de la CIA que han desembocado en el traslado de sospechosos de terrorismo a centros de internamiento secretos para ser interrogados en países donde se recurre con frecuencia a la tortura y otros malos tratos, el Relator Especial recuerda que la entrega extrajudicial entraña de por sí graves violaciones de los derechos humanos, como la detención arbitraria y la denegación de la tutela judicial, en contravención de los artículos 9 y 14 del Pacto, así como la desaparición forzosa y las torturas o malos tratos. La circunstancia de que esos detenidos no tengan posibilidad alguna de oponerse a su entrega constituye una infracción del principio de no devolución y el Estado que coopera a las entregas extrajudiciales es cómplice de esas violaciones de los derechos humanos e incurre en responsabilidad internacional si actúa ‘conociendo las circunstancias’ de la violación. (Sumario 109/06). Preocupan al Relator Especial las informaciones referentes a la posible aprobación por España a principios de 2002 del traslado de prisioneros talibanes y de Al-Qaida a Guantánamo a bordo de aparatos de la CIA con escala en aeropuertos españoles. Enterado de la creación reciente de una comisión investigadora en el Ministerio de Asuntos Exteriores, exhorta a España

¹¹⁶ Relator especial sobre derechos humanos y terrorismo, *Informe sobre la visita a España*, supra nota 39, párr. 39 y 40 (el resaltado es agregado).

a respetar la obligación internacional de realizar una investigación completa, efectiva e independiente de los casos de participación en entregas extrajudiciales y adoptar medidas eficaces para que esos actos no se repitan, revisando las prácticas y políticas que pudieran haber facilitado esos incidentes. En este sentido, en una resolución del Congreso en 2006 se pedía al Gobierno un informe general sobre este problema. El Relator Especial agradece las seguridades que le han dado sus interlocutores de que España no participa actualmente fuera de su territorio en ninguna actividad que pudiera suponer una violación de los derechos humanos. No obstante, se reconoció que, en 2002, funcionarios de los servicios consulares y de inteligencia españoles estuvieron presentes en los interrogatorios de varias personas detenidas en Guantánamo. A raíz de esos interrogatorios, dos hombres fueron trasladados a España para ser juzgados. [...]”¹¹⁷ A la fecha no se han publicado los resultados de la investigación de la participación de España en el programa de entregas extraordinarias.

113. Además, el Relator expresó honda preocupación por la “*resolución de la Audiencia Nacional por la que se accede a la extradición contra seguridades diplomáticas sobre el riesgo de tortura, así como la extradición recientemente llevada a efecto pese a los ruegos reiterados del Relator Especial. Exhorta, pues, a España, a que respete sus obligaciones internacionales derivadas de la prohibición absoluta de la tortura.* Recordando que las entregas extrajudiciales conllevan graves violaciones de los derechos humanos y que el Estado que coopere a sabiendas a esas entregas es cómplice y responsable de esas violaciones, el Relator Especial insta a España a que investigue a fondo y de forma independiente todas las circunstancias relativas a su posible participación en los programas de entrega extrajudicial de la CIA”.¹¹⁸
114. En sus observaciones finales sobre España, el Comité contra la Tortura también expresó preocupación por la existencia de alegaciones de que algunos aeropuertos españoles fueron utilizados desde 2002 para el traslado de prisioneros bajo el programa de entregas extraordinarias, y recomendó a España continuar su “cooperación sobre las investigaciones que las autoridades judiciales están llevando a cabo al respecto”.¹¹⁹
115. Además, el Comité contra la Tortura subrayó que “[...] bajo ninguna circunstancia se debe recurrir a las garantías diplomáticas como salvaguardia contra la tortura o los malos tratos cuando haya razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura o malos tratos a su regreso”.¹²⁰ Asimismo, refiriéndose a la Ley reguladora del derecho de

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 41-43.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 64 y 65 (el resaltado es agregado). La existencia de casos de expulsión, extradición, entrega y devolución donde no se ha respetado el principio de *non refoulement* resulta también de: Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, *Informe sobre la visita a España*, doc. CommDH(2005)8 de 9 de noviembre de 2005, párr. 86.

¹¹⁹ CAT, *Observaciones finales sobre España*, *supra* nota 29, párr. 14.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 15.

asilo y de la protección subsidiaria (2009), el Comité contra la tortura ha manifestado su preocupación “[...] por el posible uso en la nueva Ley, como base para rechazar las demandas de asilo, de la cláusula de excepción a la prohibición de devolución contenida en el párrafo 2 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Al Comité le preocupa en particular que, conforme a esta ley, *las evaluaciones de rechazo pueden ocurrir en la fase del procedimiento acelerado, incluso en la misma frontera, sin que una valoración sustancial de cada demanda y cada posible elemento de inclusión haya podido llevarse a cabo*”.¹²¹ El Comité ha recomendado a España “[...] revisar la aplicación de las cláusulas de exclusión en la nueva Ley, para asegurar que en ningún caso se pueda contravenir al principio de no devolución contenido en el artículo 3 de la Convención”.¹²²

116. También el Comité de Derechos Humanos expresó preocupación por casos de expulsión de extranjeros llevados a cabo sin las suficientes garantías de acuerdo con el derecho internacional aplicable: “[...] *sigue estando preocupado por las informaciones según las cuales la supervisión judicial de las peticiones de asilo se limita a un nuevo trámite, y algunas decisiones relativas a la detención y la expulsión de extranjeros son arbitrarias*”.¹²³ De acuerdo con lo anterior recomendó a España “velar por que el proceso de adopción de decisiones relativas a la detención y expulsión de extranjeros respete plenamente el procedimiento previsto por la ley, y porque en el procedimiento de concesión de asilo puedan invocarse siempre motivos humanitarios. El Estado parte debería velar también por que la nueva Ley sobre el asilo sea plenamente conforme con el Pacto”.
117. Finalmente, cabe señalar que **la incompatibilidad con el derecho internacional aplicable de algunas disposiciones de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, ha sido objeto de peticiones que se encuentran en trámite ante la Corte Europea de Derechos Humanos**.¹²⁴ Sin embargo, esta última ha ordenado la adopción de medidas cautelares a España, considerando que las órdenes de expulsión emitidas por las autoridades españolas y confirmadas por la Audiencia Nacional en aplicación de la nueva legislación expondrían a la peticionaria al riesgo de ser sometida a tortura y otros tratos inhumanos y degradantes.¹²⁵

¹²¹ *Ibid.*, párr. 16 (el resaltado es agregado).

¹²² *Ibid.*

¹²³ CDH, Observaciones finales sobre España, *supra* nota 100, párr. 16.

¹²⁴ CEDH, Caso S.E. v. España, petición No. 4982/12 del 25 de enero de 2012.

¹²⁵ Las medidas cautelares fueron otorgadas en el caso mencionado en la nota precedente el 26 de enero de 2012.

Recomendaciones

Modificar el Art. 1 de la Ley de extradición pasiva y establecer de manera clara que todo delito o crimen de derecho internacional y, en particular, toda desaparición forzada de personas, no constituye un delito político.

Asegurar que la falta de tipificación de desaparición forzada por un Estado – a los efectos de la doble incriminación – no constituya un obstáculo insalvable a fines de la extradición.

Incluir la desaparición forzada entre los delitos susceptibles de extradición en todo tratado de extradición que celebre con posterioridad a diciembre de 2010.

Asegurar que todo nuevo tratado de extradición concluido por España incluya expresamente la posibilidad de denegar la extradición de una persona cuando haya razones para creer que podría ser sometida a una desaparición forzada.

Asegurar que bajo ninguna circunstancia se recurra a las garantías diplomáticas como salvaguardia contra la desaparición forzada cuando haya razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a desaparición forzada a su regreso tras su expulsión, devolución, entrega o extradición.

Investigar a fondo, de manera independiente y eficaz todas las circunstancias relativas a la posible participación española en los programas de entrega extrajudicial de la CIA y dar a conocer públicamente los resultados de dichas investigaciones, así como juzgar y sancionar a los responsables.

Revisar las cláusulas de excepción previstas por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, para asegurar que en ningún caso se pueda contravenir al principio de no devolución contenido en el Art. 16 de la Convención.

Art. 14 y 15 – Auxilio judicial y cooperación jurídica entre los Estados

118. En su informe España señala al Comité que el régimen del auxilio jurisdiccional está regulado “con gran amplitud en la LOPJ (artículos 276 a 278) que contempla tanto la cooperación internacional activa como la pasiva y que somete dicha cooperación a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”,¹²⁶ y que “cuando el auxilio se recabe por vía jurisdiccional y en el curso de procesos penales, se estará a lo que acabamos de exponer al comentar el artículo 14 de la Convención, de donde se concluye que la solicitud de prestación de auxilio se cumplimentará plenamente por el Reino de España en los términos que la Convención establece”.¹²⁷
119. En respuesta a la **cuestión No. 11 del Comité contenida en la lista de cuestiones**, es de señalar que desafortunadamente **acontecimientos recientes demuestran el incumplimiento por parte de España de sus obligaciones de acuerdo con los Art. 14 y 15 de la Convención.**
120. Frente a la referida situación de impunidad de los responsables de crímenes, incluso desapariciones forzadas, cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo,¹²⁸ **los tribunales de Argentina han querido ejercer la jurisdicción universal por querellas sobre actos de genocidio y crímenes de**

¹²⁶ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 131.

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 133.

¹²⁸ *Supra* párr. 84-95.

lesa humanidad, incluyendo los cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo.¹²⁹ En este último proceso la justicia argentina ha dirigido a España dos exhortos para saber si el Estado está investigando estos hechos y solicitando su colaboración.¹³⁰ La Fiscalía General del Estado española ha afirmado que se están investigando los crímenes referidos y que tiene jurisdicción preferente para hacerlo respecto a Argentina.¹³¹

121. En el informe *“El tiempo pasa, la impunidad permanece”* presentado por Amnesty International en junio de 2013, se subraya como las afirmaciones de la Fiscalía General del Estado **“no se ajustan a la realidad ni de hecho ni de derecho ya que [...] no se están investigando en España estos hechos. Además, la organización recuerda que, tratándose de crímenes de derecho internacional, los Estados tienen jurisdicción concurrente, por lo que ningún Estado tiene preferencia para enjuiciar crímenes que son de la competencia de todos los Estados”**.¹³² TRIAL comparte plenamente estas consideraciones y expresa su honda preocupación frente a los obstáculos interpuestos por parte de las autoridades de España y la falta de auxilio judicial.
122. En particular, se resalta que el hecho de **no suministrar la información requerida por la jueza Servini de Cubría del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 1 de Buenos Aires mediante el segundo exhorto remitido a España el 13 de diciembre de 2011**,¹³³ es manifiestamente contrario al Art. 14, párr. 1, de la Convención, que requiere que los Estados partes se presten todo el auxilio judicial posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a un delito de desaparición forzada, **“inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder”**. Lo mismo puede decirse por la suspensión de las declaraciones testimoniales de víctimas ante la jueza argentina, previstas a través de videoconferencia desde el Consulado argentino en Madrid los días 8, 9 y 10 de mayo de 2013.¹³⁴
123. Asimismo, es de señalar que el pasado 10 de septiembre de 2013 un equipo de expertos forenses de la Universidad del País Vasco y la Sociedad de Ciencias Aranzadi publicó el informe *“Meheris. La*

¹²⁹ El 14 de abril de 2010 se interpuso ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 1 de Buenos Aires, a cargo de la Jueza María Romilda Servini de Cubría, una querrela por “genocidio y/o crímenes de lesa humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977”.

¹³⁰ El 14 de octubre de 2010 la Jueza envió un primer exhorto a las autoridades españolas para que le informaran si en España se ha estado investigando “la existencia de un plan sistemático, generalizado o, deliberado y planificado” en aquel período “para aterrorizar españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través de su eliminación física, y de uno que propició la desaparición legalizada de menores de edad con pérdida de identidad” entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977. Asimismo, el 13 de diciembre de 2011, la jueza Servini de Cubría remitió a España un segundo exhorto solicitando al gobierno español que “arbitre los medios necesarios” para que se recabe de los organismos competentes información sobre la identificación de altos cargos del Estado durante la Guerra Civil y el franquismo, sobre las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, incluidos los niños y niñas desaparecidos, sobre las fosas comunes halladas y sobre las empresas que se beneficiaron de trabajo forzado y esclavo de presos.

¹³¹ Ver respuestas de la Fiscalía General del Estado del 6 de mayo de 2011 y del 27 de marzo de 2012.

¹³² Amnesty International, *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*, supra nota 74, p. 16. Véase también Amnesty International, *Casos cerrados, heridas abiertas, El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, supra nota 95.

¹³³ Supra nota 130.

¹³⁴ El Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación español emitió una nota verbal al embajador de Argentina en España, mostrando su rechazo a la toma de declaración de las víctimas por considerar que la forma de llevar a cabo dichas diligencias no respetaba el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre España y Argentina (haciendo mención particular a los artículos 30 y 41).

esperanza posible. *Fosas comunes y primeros desaparecidos saharauis identificados*".¹³⁵ En este documento se relata el examen forense, incluidas pruebas de ADN, llevado a cabo por los expertos españoles en la zona de Fadret Leguiaa, cerca de Amgala, en el Sáhara occidental, situada en el territorio bajo control de la Misión de Naciones Unidas para el referéndum en el Sáhara occidental (MINURSO). La labor del equipo de expertos ha permitido identificar los restos mortales de ocho personas, entre las cuales dos menores de edad, registradas como desaparecidas desde 1976. Sin embargo, resulta del hallazgo del equipo de expertos que **se trata de ciudadanos españoles** (han sido encontrados dos carnets de identidad españoles).¹³⁶ Por ello, es de capital importancia que, a la luz de lo establecido por el Art. 15 de la Convención, **España preste todo el auxilio posible para garantizar la restitución de los restos a los familiares, y establezca una estrecha cooperación con Marruecos**¹³⁷ para garantizar la búsqueda, localización, exhumación y la restitución de los restos de las personas desaparecidas.¹³⁸

Recomendaciones

Remover todos los obstáculos al auxilio judicial en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a delitos de desaparición forzada, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en poder del Estado. En particular, asegurar el suministro sin demora de la información reiteradamente requerida por la jueza Servini de Cubría del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 1 de Buenos Aires y la toma de las declaraciones testimoniales de víctimas por videoconferencia.

Asegurar que el auxilio judicial prestado por parte de España en cualquier procedimiento penal relativo a un delito de desaparición forzada sea independiente de que estos delitos se investiguen por las autoridades españolas.

Prestar todo el auxilio posible para garantizar la conservación y restitución de los restos mortales de ciudadanos españoles recién ubicados e identificados en la zona de Fadret Leguiaa, cerca de Amgala, en el Sáhara occidental, y establecer una estrecha cooperación con Marruecos para garantizar la búsqueda, localización, exhumación y restitución de los restos de las personas desaparecidas que puedan encontrarse en otras fosas comunes presentes en el Sáhara occidental y en el territorio bajo la jurisdicción de Marruecos.

¹³⁵ La versión integral del informe es disponible en: http://publicaciones.hegoa.ehu.es/assets/pdfs/297/Meheris_La_esperanza_posible.pdf?1378901411. Véase también el comunicado de Amnesty International al respecto: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/MDE29/011/2013/en/71ee860a-ad51-4acf-b777-56692a89656b/mde290112013es.html>.

¹³⁶ Entre los objetos personales encontrados durante el examen forense llevado a cabo en el mes de junio de 2013, se encontraron dos documentos de identidad españoles de la época que corresponden a los entonces ciudadanos españoles Mohamed Moulud Mohamed Lamin (DNI A-4520032) y Mohamed Abdalaha Ramdan (DNI A-4131099), desaparecidos desde el 12 de febrero de 1976. Al igual que otros documentos españoles a nombre de Salama Mohamed Ali Sidahmed Elkarcha.

¹³⁷ Marruecos es Estado parte a la Convención desde 14 de mayo de 2013.

¹³⁸ Existen evidencias de la existencia de otros lugares de entierro y fosas comunes en el territorio bajo la jurisdicción de Marruecos (cerca de los centros de detención clandestinos de Kalaat M'gouna y Agdez, en Lemsayed, y en la zona de El Aaiún, donde podrían encontrarse los restos mortales de personas desaparecidas. En este sentido, véanse Beristain, González, *El Oasis de la memoria*, Bilbao, 2012. http://publicaciones.hegoa.ehu.es/assets/pdfs/281/TOMO_I.pdf?1355488794, pp. 186-209; y GTDF, *Informe sobre la visita a Marruecos*, doc. A/HRC/13/31/Add.1 de 9 de febrero de 2010, párr. 41-44 y 106.

III. Medidas para prevenir las desapariciones forzadas (Art. 17-23)

Art. 17, 18, 20, y 21 – Prevención de la desaparición forzada y personas privadas de libertad, derecho de acceso a la información sobre personas privadas de libertad, y puesta en libertad

124. El Art. 17, párr. 1, de la Convención establece que “nadie será detenido en secreto”. Dicha disposición se incluyó en el tratado para aclarar que no basta con que los Estados tipifiquen y sancionen el delito de desaparición forzada, sino que deben establecer en su legislación una prohibición explícita y más general de la detención secreta.
125. De la descripción proporcionada por España del marco legal existente en materia de privación de libertad¹³⁹ resulta manifiesto que **el ordenamiento jurídico vigente no cuenta con una prohibición expresa de detención secreta que tipifique esta conducta de acuerdo con el derecho internacional aplicable.**
126. Por otro lado, tanto el Art. 17, párr. 2 (d), como el Art. 18 de la Convención disponen unas garantías esenciales para permitir a las personas privadas de libertad comunicarse con su familia, un abogado o cualquier otra persona de su elección y a recibir su visita; y a la vez permitir a toda persona con un interés legítimo (familiares, representantes, abogados de la persona privada de libertad) tener acceso a un mínimo de información. El Art. 20 de la Convención establece la posibilidad de limitar el acceso a dicha información, sólo a título excepcional.
127. En respuesta a la **cuestión No. 16 de la lista de cuestiones** formuladas por el Comité, vale señalar que **el régimen de detención en situación de incomunicación aplicable a las personas acusadas de delitos de terrorismo o bandas armadas (establecido por el Art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹⁴⁰ es abiertamente contrario a la Convención y ha sido censurado por una pluralidad de mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos.**
128. El Comité contra la Tortura ha reafirmado su preocupación “[...] compartida por todos los relevantes órganos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos— que el *régimen de incomunicación utilizado por el Estado parte en los delitos de terrorismo y banda armada, que puede llegar a los 13 días, vulnera las salvaguardas propias de un Estado de derecho contra los malos tratos y actos de tortura. El Comité sigue especialmente preocupado por las limitaciones que este régimen provoca en el acceso y en el ejercicio de derechos y garantías fundamentales que se aplican universalmente a las personas privadas de libertad*”.¹⁴¹ Así, el Comité ha recomendado la revisión del “[...] régimen de incomunicación, con vistas a su abolición, y asegurar que todas las personas privadas

¹³⁹ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 144-157.

¹⁴⁰ De acuerdo con la Ley de enjuiciamiento criminal española, toda persona sospechosa de pertenecer a banda armada o grupo terrorista puede, con autorización judicial, ser mantenida en régimen de incomunicación a instancia de la autoridad que efectuó la detención. Si el juez lo autoriza, los sospechosos de terrorismo pueden permanecer detenidos en incomunicación por un período máximo de cinco días, que podrá prolongarse otros ocho días más en régimen de prisión provisional.

¹⁴¹ CAT, *Observaciones finales sobre España*, *supra* nota 29, párr. 12 (el resaltado es agregado).

de su libertad tengan acceso a los siguientes derechos fundamentales del detenido: a) A escoger un abogado de elección; b) A ser visitado por un médico de elección; c) A que se ponga en conocimiento de un familiar o persona que el detenido desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento; d) A entrevistarse reservadamente con un abogado (derecho que actualmente viene restringido aún cuando éste sea un abogado de oficio). El Estado parte también debería implementar y fortalecer las medidas programáticas previstas en el Plan de Derechos Humanos en la Medida 97; a este respecto, es especialmente importante que el previsto sistema de grabación cubra todas dependencias policiales del país y que se instale en las celdas y sala de interrogación y no se limite a las áreas comunes”.¹⁴²

129. Por su parte, tras haber llevado a cabo una visita a España en el mes de mayo de 2008, el Relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo ha expresado su honda preocupación por el régimen de detención en situación de incomunicación aplicable a toda persona sospechosa de pertenecer a banda armada o grupo terrorista. En palabras del Relator especial, “*en esencia, el objeto del régimen de incomunicación consiste en denegar la presencia del abogado elegido por el detenido, así como todo contacto con otras personas durante su vigencia. Pese a que en la legislación española se han establecido ciertas salvaguardias jurídicas al respecto, como la asistencia de un abogado designado de oficio, el Relator Especial opina que el mantenimiento de ese régimen resulta de suyo altamente problemático y abre la posibilidad de que se inflija un trato prohibido al detenido y, al mismo tiempo, expone a España a tener que responder a denuncias de malos tratos a detenidos*”.¹⁴³ En este sentido, el Relator ha recomendado: “[...] la completa erradicación de la detención incomunicada, por cuanto ese régimen excepcional no sólo supone el riesgo de que se inflija un trato prohibido a los detenidos, sino que también expone a España a denuncias de tortura y, en consecuencia, debilita la legitimidad de sus medidas antiterroristas. El Relator Especial pide que se apliquen sistemáticamente medidas de prevención de la tortura y malos tratos, en especial mediante, entre otras cosas, la videovigilancia continua de las instalaciones de detención y el examen de los detenidos por médicos de su elección”.¹⁴⁴

130. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación “[...] por el mantenimiento, en los delitos de terrorismo o cometidos por banda armada, del *régimen de incomunicación, que puede llegar a ser de 13 días, y por el hecho de que las personas interesadas no tienen derecho a elegir el propio abogado*. El Comité no comparte la opinión del Estado parte en cuanto a la necesidad de mantener el régimen de incomunicación, justificado en aras del ‘interés de la justicia’. El Comité entiende que este régimen puede propiciar los actos de tortura y lamenta su mantenimiento, a pesar de las recomendaciones de diversos órganos y expertos internacionales para que se suprima (artículos 7, 9 y 14 del Pacto). El Comité recomienda de nuevo que se adopten *las medidas necesarias,*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Relator especial sobre derechos humanos y terrorismo, *Informe sobre la visita a España, supra nota 39*, párr. 15. Véanse también párr. 31-32 y 38.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 62.

*incluidas las de carácter legislativo, para suprimir definitivamente el régimen de incomunicación, y que se reconozca a todos los detenidos el derecho a la libre elección de un abogado que los detenidos puedan consultar de manera plenamente confidencial y que pueda estar presente en los interrogatorios. Asimismo, el Estado parte debería hacer que los interrogatorios en todas las comisarías de policía y lugares de detención se graben sistemáticamente por medios audiovisuales”.*¹⁴⁵

131. También en el marco del examen periódico universal España ha recibido numerosas recomendaciones relativas a la necesidad de “revisar la aplicación del régimen de aislamiento – que puede durar hasta un máximo de 13 días – a los delitos relacionados con terrorismo y banda armada”.¹⁴⁶
132. Adicionalmente, el régimen de incomunicación tal y como previsto por la legislación española ha sido juzgado contrario al derecho internacional aplicable también por parte del Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (“CPT”), que ha destacado: “Las personas detenidas en régimen de incomunicación *no disfrutaban aún legalmente del derecho a que se comuniquen a una persona de su elección (o en el caso de un ciudadano extranjero, al consulado de su país) el hecho de su detención y el lugar donde permanece detenida, del derecho a designar a un abogado de su elección, o del derecho a entrevistarse sin testigos con el abogado de oficio designado para asistirle, incluso después de haber prestado declaración formal a la policía. Tampoco tienen derecho a ver a un médico de su libre elección*”.¹⁴⁷ Por ello, el CPT ha recomendado “que las personas sujetas a las disposiciones del Artículo 520 bis de LECrim sean conducidas ante el juez competente antes de que se adopte una decisión sobre la extensión del periodo de custodia por un plazo superior a 72 horas. Si fuera necesario, debería enmendarse la legislación relevante”.¹⁴⁸
133. Teniendo en cuenta la **cuestión No. 17 de la lista de cuestiones** formuladas por el Comité, cabe recordar que, **tras su visita al país el CPT ha denunciado la insuficiencia de los registros de personas privadas de libertad ya sea por lo que concierne a los internos en régimen de incomunicación, como por los detenidos en su conjunto.** A saber: “[...] *los registros de custodia examinados por la delegación del CPT en la c/ Guzmán el Bueno relativos al período de febrero de 2010 a abril de 2011 carecían de muchos de los datos exigidos.* En particular, faltaban las firmas de los agentes de la Guardia Civil en relación con los desplazamientos o con cualquier otra circunstancia concerniente a los detenidos en los casos examinados; tampoco quedaba constancia de los traslados y de los desplazamientos y además durante largos períodos de tiempo no se había anotado absolutamente nada; no existía referencia alguna a la distribución de comida, agua o a los permisos para ir al baño; incluso parece que no se reflejaron en el registro incidencias importantes como la hospitalización de una personas el 3 de marzo de 2011”.¹⁴⁹ Asimismo, el CPT relató que “*la delegación*

¹⁴⁵ CDH, *Observaciones finales sobre España*, supra nota 100, párr. 14 (el resaltado es agregado).

¹⁴⁶ *Informe del Grupo de Trabajo sobre el examen periódico universal- España*, supra nota 102, párr. 87.4-87-6.

¹⁴⁷ Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT), *Informe sobre la visita a España*, doc. CPTInf(2013)6 del 30 de abril de 2013 (disponible en <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2013-06-inf-esp.pdf>), párr. 13 (el resaltado es agregado). En general, sobre este tema, véanse los párr. 11-29 del informe.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 20.

¹⁴⁹ *Ibid.*, párr. 26.

del CPT comprobó que en varios centros, los registros de detención no se cumplimentaban de manera apropiada. Por ejemplo, en la Comisaría de Puente Vallecas en Madrid, no quedaban registradas con exactitud ni la hora en la que se había producido el arresto ni la hora en la que la persona se había llevado a la celda. Es más, en el registro no quedaba constancia de lo que había ocurrido con la persona después de haber estado detenida 72 horas”.¹⁵⁰ Todo lo anterior parece en abierta violación del Art. 17, párr. 3, de la Convención.

134. Además, a la luz de la **cuestión No. 18 de la lista de cuestiones** formuladas por el Comité, cabe resaltar que el arriba examinado **párr. 2 del Art. 55 de la Constitución española**¹⁵¹ **permite, en casos de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, la suspensión de las garantías reconocidas por el Art. 17, párr. 2, de la misma Constitución, a saber la limitación de la duración de la detención preventiva y la obligación de poner el detenido en libertad o a disposición de una autoridad judicial en el plazo máximo de de 72 horas.** Esta posibilidad parece permitir una derogación considerable de lo previsto por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, que establece se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente. Asimismo, esta disposición parece incompatible con lo establecido por el Art. 17, párr. 2, (f) de la Convención.
135. Adicionalmente, el Comité contra la Tortura ha observado con preocupación que “entre los derechos listados en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el derecho a solicitar el *habeas corpus* no está expresamente previsto”¹⁵² y ha recomendado que España implemente “[...] a la brevedad la reforma del artículo 520.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de hacer más efectivo el derecho a la asistencia letrada. Además, el Comité —compartiendo la preocupación del Defensor del Pueblo al respecto— alienta al Estado parte a una ulterior reforma del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a fin de asegurar que en el momento crítico en el que se procede a la detención, cuando se produce la lectura de los derechos, se incluya entre ellos el derecho a solicitar la presentación inmediata ante un juez”.¹⁵³
136. Por otro lado, en su informe España menciona la existencia de los Centros de Internamiento de Extranjeros (“CIE”), declarando que al extranjero interno se reconoce “un elenco de derechos iguales a los que tiene una persona detenida y que antes se han mencionado”.¹⁵⁴ Además, se indica que “las personas internas en los CIE, que lo estarán necesariamente en virtud de resolución judicial en que así se orden por un Juez de Instrucción y por un plazo máximo de 60 días, [...] verán documentada su situación y todas vicisitudes de la misma tanto en la ficha individual que se abre a cada extranjero ingresado en el respectivo centro de internamiento, como el Registro Central de Extranjeros

¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 40 (el resaltado es agregado).

¹⁵¹ *Supra* párr. 20, 22 y 24.

¹⁵² CAT, *Observaciones finales sobre España*, *supra* nota 29, párr. 10.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 156.

dependiente del Ministerio del Interior [...]”.¹⁵⁵ Sin embargo, **no hay referencia en el informe presentado por España a la posibilidad de acceso a la información sobre extranjeros internados en los CIE por parte de sus familiares, representantes o abogados, ni a las modalidades de liberación una vez vencido el plazo de 60 días.**

137. En la realidad, **la situación en los CIE y sobretodo el acceso a la información sobre las personas allí retenidas, así como la modalidad de liberación de las mismas no respetan lo establecido respectivamente por los Art. 18 y 21 de la Convención y han sido objeto de críticas por parte de varios mecanismos internacionales.**¹⁵⁶
138. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado con preocupación “[...] la situación de los migrantes en condición irregular que tras haber permanecido los 60 días que indica la ley en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), *son puestos en libertad con un proceso de expulsión pendiente, situación que los hace más vulnerables a ser víctimas de abusos y discriminaciones. También preocupan al Comité informaciones recibidas según las cuales los CIE no cuentan con una reglamentación que regule su funcionamiento y esto permite que las condiciones de vida, el acceso a información, asistencia legal y atención médica, así como el acceso de las organizaciones no gubernamentales para asistir a los internos a dichos centros, varíen de un CIE a otro*”.¹⁵⁷ Así, el Comité ha recomendado a España que “a) Tome las medidas necesarias para garantizar, a los migrantes que han salido de un CIE y cuyo proceso de expulsión está pendiente, la protección de sus derechos básicos, la protección judicial y el acceso a un recurso efectivo, incluida la posibilidad de recurrir su orden de expulsión; b) Elabore el reglamento de los CIE con la finalidad de uniformar su funcionamiento y así garantizar condiciones de vida, acceso a información, asistencia legal y atención médica adecuadas para los internos, así como el acceso de las organizaciones no gubernamentales de asistencia a dichos centros”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 163.

¹⁵⁶ Sobre las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos relacionadas con los CIE véase también Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, *Informe sobre la visita a España*, *supra* nota 118, párr. 79-86.

¹⁵⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones finales sobre España, doc. CERD/C/ESP/CO/18-20 del 11 de marzo de 2011, párr. 13.

¹⁵⁸ *Ibid.*

Recomendaciones

Prohibir de manera explícita en la legislación nacional la detención secreta, tipificándola de acuerdo con el derecho internacional aplicable.

Adoptar las medidas necesarias, incluidas las de naturaleza legislativa, para suprimir el régimen de incomunicación, y reconocer a todas las personas privadas de libertad el derecho a la libre elección de un abogado con el cual puedan comunicarse libremente, que pueda ser consultado de manera plenamente confidencial y que pueda estar presente durante los interrogatorios.

Mientras se adoptan todas las medidas necesarias para suprimir el régimen de incomunicación en la legislación nacional, garantizar que las personas detenidas en este contexto puedan contar con las siguientes garantías fundamentales: la notificación a la familia en relación con el hecho de la detención y el paradero de la persona detenida; la posibilidad de ser visitada por un médico de su elección junto con el médico forense designado por el juez de instrucción; vigilancia por vídeo 24 horas y grabación de las áreas de detención.

Adoptar las medidas necesarias para garantizar la mejora sustancial del sistema de registro de datos por parte de las fuerzas de seguridad en casos de detención en régimen de incomunicación. Asimismo, debería ampliarse la aplicación de las grabaciones de audio y vídeo. En general, España debe garantizar que todos los registros de detención se cumplimentan diligentemente.

Garantizar que las personas sujetas a las disposiciones del Art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sean sistemáticamente llevadas físicamente ante el juez competente antes de que se adopte una decisión sobre la prolongación del período de custodia más allá de las 72 horas.

Adoptar las medidas necesarias para garantizar en todos los CIE el acceso a información, asistencia legal y atención médica adecuada para los internos, así como el acceso de las ONGs de asistencia a dichos centros.

Adoptar las medidas necesarias para garantizar a los migrantes que han salido de un CIE y cuyo proceso de expulsión está pendiente, la protección de sus derechos básicos, la protección judicial y el acceso a un recurso efectivo, incluida la posibilidad de recurrir su orden de expulsión.

IV. Medidas de reparación y de protección de niños contra las desapariciones forzadas (Art. 24 y 25)

Art. 24 – Víctimas de desaparición forzada y sus derechos

a) La noción de víctima de desaparición forzada

139. El Art. 24, párr. 1, de la Convención indica que a los efectos de la misma, se entiende por víctima la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.¹⁵⁹
140. Como ya se ha detallado abundantemente en el presente informe,¹⁶⁰ **la legislación española no cuenta con el tipo penal de desaparición forzada. Por ello, es evidente la imposibilidad de definir quiénes son las víctimas de un delito que no existe en el código penal.**
141. Sobre este punto, España no proporciona detalles en su informe. Sin embargo, hace referencia a la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a la Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, indicando que una víctima de desaparición forzada puede estar comprendida en los supuestos de dicha ley.¹⁶¹
142. **Contrariamente a lo referido por el Estado, las disposiciones de esta ley no podrían de ninguna manera aplicarse a víctimas – ya sea directas o indirectas – de desaparición forzada. A saber, la ley referida tiene por objeto establecer un sistema de “ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental” (Art. 1).**¹⁶² El Art. 2, párr. 2, establece que podrán acceder a las ayudas, a título de víctimas directas, las personas que *sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito.*
143. Si bien es importante la referencia a la noción de “víctimas indirectas” en el Art. 1 de la Ley, **resulta evidente que esta definición de víctima no cumple con lo establecido por el Art. 24, párr. 1, de la Convención y no cubriría una víctima directa de desaparición forzada, siendo una característica del delito mismo la imposibilidad de demostrar que la víctima haya fallecido, padecido lesiones o daños graves en salud física o mental, aunque se pueda suponer.**
144. Asimismo, vale la pena resaltar que la noción de víctima directa contenida en la Ley 35/1995 es **ulteriormente limitada, de manera absolutamente inconforme con el derecho internacional**

¹⁵⁹ Sobre la definición de víctima de desaparición forzada, véase: GTDF, *Informe Anual 2012*, doc. A/HRC/22/45 del 28 de enero de 2013, párr. 52: “el término víctima también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”.

¹⁶⁰ *Supra* párr. 25-45.

¹⁶¹ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 243 y 247.

¹⁶² El párr. 2 del Art. 1 indica que “se beneficiarán asimismo de las ayudas contempladas por esta Ley las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, aun cuando éstos se perpetraran sin violencia”.

aplicable, por el Art. 2, párr. 1, de la Ley, que afirma “podrán acceder a estas ayudas quienes, en el momento de perpetrarse el delito, sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o quienes, no siéndolo, residan habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio”. Ninguno de estos requisitos figura en el Art. 24, párr. 1, de la Convención, que no prevé ningún vínculo de nacionalidad, residencia habitual o reciprocidad para reconocer la calidad de víctima directa de desaparición forzada a una persona.

145. Del Art. 2, párr. 3, de la Ley 35/1995 se desprende que **tampoco la noción de víctimas indirectas allí recogida sería aplicable en caso de desaparición forzada de personas, ya que se indica que se beneficiarían de las ayudas a título de víctimas indirectas, “en el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta,** las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación: a) el cónyuge del *fallecido*, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el *fallecido* de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del *fallecimiento*, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; b) los hijos del *fallecido*, que dependieran económicamente de él con independencia de su filiación o de su condición de póstumos. Se presumirá económicamente dependientes del fallecido a los hijos menores de edad y mayores incapacitados; c) los hijos que, no siéndolo del *fallecido*, lo fueran de las personas contempladas en el párr. a) anterior, siempre que dependieran económicamente de aquél; d) en defecto de las personas contempladas por los párrafos a), b) y c) anteriores, serán beneficiarios los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ella”.
146. Es evidente que **en casos de desaparición forzada de personas no se puede saber si la víctima directa ha fallecido y, mucho menos, la fecha exacta de la muerte, hasta que continúa el delito. Asimismo, la jurisprudencia internacional ha ampliamente elaborado sobre la necesidad de no tratar a una desaparición forzada como a una muerte directa.**¹⁶³
147. Aunque en su informe España no haga referencia a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la Memoria Histórica,¹⁶⁴ cabe señalar que tampoco esta ley define la categoría de “víctimas” de violaciones de derechos humanos – y menos de desaparición forzada – de acuerdo con lo establecido

¹⁶³ Véanse, en este sentido, GTDF, *Informe Anual 2012*, supra nota 159, párr. 50; CAT, *Observaciones finales sobre Argelia*, doc. CAT/C/DZA/CO/3 de 26 de mayo de 2008, párr. 13; CDH, *Observaciones finales sobre Bosnia Herzegovina*, doc. CCPR/C/BIH/CO/2 del 2 de noviembre de 2012, párr. 12; *Observaciones finales sobre Argelia*, doc. CCPR/C/DZA/CO/3 del 12 de diciembre de 2007, párr. 13; y decisión sobre el caso *Prutina et al. v. Bosnia Herzegovina*, decisión del 28 de marzo de 2013, párr. 9.6.

¹⁶⁴ Chinchón Álvarez, *La Convención internacional para la protección de todas las personas contra desapariciones forzadas: nunca es tarde si la dicha es buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la “Ley de Memoria Histórica”*, en FORO – Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales – Nueva Época, 2008, pp. 13-55 (disponible en <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0808120013A/13556>).

por el Art. 24, párr. 1, de la Convención. Así el Art. 11, párr. 1, de la Ley 52/2007 establece que “las administraciones públicas, en el marco de sus competencias, *facilitarán a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore*. Lo previsto en el párrafo anterior podrá aplicarse respecto de las entidades que, constituidas antes de 1 de junio de 2004, incluyan el desarrollo de tales actividades entre sus fines”. Sin embargo, esta disposición no proporciona una definición precisa de “víctima de desaparición forzada” (de aplicación limitada a la etapa de la Guerra Civil y del franquismo) y la perífrasis “descendientes directos”, a la cual se aplica la misma restricción temporal, tampoco sería conforme con “toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada”.

148. Finalmente, y como parcial respuesta a la **cuestión No. 22 de la lista de cuestiones** formuladas por el Comité, hay que señalar que el **Anteproyecto de Ley del Estatuto de la Víctima, en desarrollo de la Directiva del Parlamento y del Consejo, aprobada por el Pleno del Parlamento Europeo que sustituiría la Decisión Marco 220/2001 no sanaría realmente la situación de España con respecto a la falta de definición de víctimas de desaparición forzada**. Como el mismo Estado lo indica, en el Anteproyecto se incluirían entre las “víctimas especialmente vulnerables” las víctimas directas del tipo común del delito de detención ilegal y secuestro, y las de los delitos de lesa humanidad tal y como los define el Art. 607 bis del código penal. Como se ha ampliamente argumentado más arriba,¹⁶⁵ los tipos penales de detención ilegal y secuestro no son suficientes para cubrir una desaparición forzada así como la define la Convención y el actual tipo de delitos de lesa humanidad no cumple con el derecho internacional aplicable. El Anteproyecto aquí considerado, si bien incluiría tanto la noción de víctima directa como la indirecta, no sanaría esta situación y, por ende, no proporcionaría una definición de víctima de desaparición forzada que satisfaga el Art. 24, párr. 1, de la Convención. Al respecto, es también necesario aclarar que la finalidad del Anteproyecto es de redactar un catálogo de los derechos procesales y extraprocesales de las víctimas, garantizando que estas puedan recurrir los archivos de las actuaciones aunque no estén personadas en el procedimiento y, entre otras, impugnar decisiones como la puesta en libertad. Así, el Anteproyecto contiene disposiciones que aumentan la protección de los derechos de las víctimas de delitos y su acceso a medidas de asistencia. Sin embargo, a falta de una tipificación adecuada de la desaparición forzada como delito autónomo en el ordenamiento nacional, España seguiría incumpliendo con sus obligaciones de acuerdo con el Art. 24, párr. 1, de la Convención.

¹⁶⁵ *Supra* párr. 25-45.

b) El derecho de conocer la verdad

149. El Art. 24, párr. 2, de la Convención establece que cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida, y establece que cada Estado parte tomará las medidas adecuadas al respecto.
150. Ahora bien, **no sólo el ordenamiento español no cuenta con una disposición que consagre de manera explícita el derecho a conocer la verdad, sino que el propio Tribunal Supremo se ha pronunciado en 2012 (después de la entrada en vigor de la Convención para España) vaciando de todo sentido el Art. 24, párr. 2, de la Convención y privando de cualquier amparo a las víctimas de desaparición forzadas, al afirmar que “la investigación de la verdad es una labor que corresponde al Estado, a través de otros organismos, pero no a los jueces, que ven limitada su actividad por las normas del procedimiento penal según las cuales, aun en los casos de apariencia delictiva, no es posible exigir responsabilidad penal en los casos de muerte del reo o prescripción”**.¹⁶⁶ Considerando que el Art. 24, párr. 2, de la Convención indica claramente que el derecho a conocer la verdad abarca también “la evolución y los resultados de la investigación”, lo afirmado por el Tribunal Supremo en 2012 parece abiertamente contrario a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado Español.
151. Asimismo, la arriba mencionada **Ley 52/2007 de la Memoria Histórica no consagra en ninguna disposición el derecho a conocer la verdad** y, al referirse al derecho a la memoria el Art. 1 prevé el “derecho a la recuperación de la memoria personal y familiar”. Sin embargo, al no establecer el derecho a conocer la verdad y al no disponer una investigación sistemática de los crímenes – incluso desapariciones forzadas – cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, no puede considerarse que la Ley de Memoria Histórica garantice el derecho a la verdad así cómo lo requiere el Art. 24, párr. 2, de la Convención.
152. Además, a pesar de que en su informe España señala que “[...] todo interesado puede tener, si lo desea, conocimiento interno e inmediato de las vicisitudes de la instrucción penal y del juicio posterior constituyéndose como actor en el proceso penal o simplemente ejercitando la acción civil derivada del delito”,¹⁶⁷ la situación vivida por familiares de personas desaparecidas, sus representantes y organizaciones memorialistas es desafortunadamente diferente. **Basta señalar que cuando muchos de los casos relativos a desapariciones forzadas comenzadas durante la Guerra Civil y el franquismo han sido devueltos a juzgados territoriales a causa de la inhibición de la Audiencia Nacional, los juzgados territoriales nunca notificaron a quienes fueran demandantes ante la**

¹⁶⁶ Tribunal Supremo, sentencia No. 101/2012 de 27 de febrero de 2012 Fundamentos de Derecho Primero.

¹⁶⁷ Informe de España, *supra* para 2, párr. 242.

Audiencia Nacional que asumían la competencia que se les derivaba. Asimismo, en algunos casos tampoco se notificó debidamente a las partes (víctimas y fiscal) el archivo de dichos casos.¹⁶⁸ La falta de notificación a las partes es un evidente obstáculo al goce del derecho a la justicia y a la verdad.¹⁶⁹

153. En su informe España se refiere a la arriba mencionada Ley 35/1995 de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, indicando que esta prevé que “la policía informe a las víctimas del curso de las investigaciones siempre que con ello no pongan en peligro su resultado [...]”.¹⁷⁰ Ya se ha detallado más arriba¹⁷¹ porque esta ley no es aplicable a las víctimas, directas e indirectas, de desaparición forzada, así que lo dispuesto por la Ley 35/1995 no es relevante para cumplir con lo establecido por el Art. 24, párr. 2, de la Convención.

c) Búsqueda, exhumación, respeto y restitución de los restos mortales

154. El Art. 24, párr. 3, de la Convención establece que los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de los restos.
155. En el informe de España se menciona genéricamente que “la investigación de un hecho delictivo lo es de todas sus circunstancias y [...] en el caso de la detención ilegal/secuestro con desaparición, el primer objetivo del aparato del Estado es el de poner fin al hecho delictivo liberando a la persona privada de su libertad y, el segundo, en caso de fallecimiento, encontrar y restituir a sus familiares los restos de la persona fallecida”.¹⁷²
156. Si bien España no lo señala en su informe, en parcial respuesta a la **cuestión No. 22 de la lista de cuestiones** formuladas por el Comité, cabe señalar que los Art. 11, 12, 13 y 14 de la Ley de Memoria Histórica establecen una serie de medidas relativas a la colaboración de las administraciones públicas con los particulares para la localización e identificación de víctimas,¹⁷³ medidas para la identificación y localización de víctimas, autorizaciones administrativas para actividades de localización e identificación, y acceso a los terrenos afectados por trabajos de localización e identificación.
157. A pesar de la existencia de estas disposiciones legislativas, que son seguramente loables (aunque cabe señalar que tienen un marco temporal de aplicación limitado y no valdrían para casos de desaparición forzada cometidos posteriormente a la Guerra Civil y al franquismo), hay que señalar que

¹⁶⁸ Véase, en particular, Amnesty International, *Casos cerrados, heridas abiertas*, *supra* nota 95, pp. 13-15 y pp. 27-29.

¹⁶⁹ En este sentido véanse, entre otros, GTDF, *Comentario general sobre el derecho a la verdad en casos de desaparición forzada*, 2010 (disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-right_to_the_truth.pdf), párr. 9; y CDH, Caso *Prutina et al.*, *supra* nota 163, párr. 9.6.

¹⁷⁰ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 243.

¹⁷¹ *Supra* párr. 142-146.

¹⁷² Informe de España, *supra* nota 2, párr. 244.

¹⁷³ *Supra* párr. 142-146 con respecto a las falencias de la noción de víctima contenida en estas disposiciones.

la práctica de los juzgados territoriales españoles no parece conforme a lo dispuesto por el Art. 24, párr. 3, de la Convención. Como se ha señalado más arriba,¹⁷⁴ la Audiencia Nacional se ha inhibido de conocer los casos de delitos, incluso desapariciones forzadas, cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo a favor de los juzgados territoriales. **Estos últimos han archivado casi la totalidad de los casos recibidos de plano y sin llevar a cabo diligencias, en particular que permitieran recuperar los restos, identificarlos y entregarlos a sus familiares.**¹⁷⁵ En particular, se puede mencionar lo alegado por el Juzgado No. 10 de Palma de Mallorca en un auto de archivo, a saber: **“no es el objeto del proceso penal investigar la desaparición de miles de personas e identificar a las víctimas de la represión, así como localizar las fosas comunes y lugares de enterramiento donde pudieran encontrarse sus restos y, en su caso, entregarlos a los familiares”.**¹⁷⁶ Todo lo anterior es una violación por parte de España de lo dispuesto por el Art. 24, párr. 3, de la Convención.¹⁷⁷

d) El derecho a una indemnización y a una reparación integral

158. Los párr. 4 y 5 del Art. 24 de la Convención establecen el derecho de las víctimas de desaparición forzada a una reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada. Asimismo, se aclara que la reparación debe cubrir tanto los daños materiales como los morales y comprender otras modalidades de reparación como la restitución; la readaptación; la satisfacción, incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación; y las garantías de no repetición.
159. En su informe España señala que “el sistema de responsabilidad civil *ex delicto* persigue el resarcimiento a la víctima del daño causado por un ilícito penal regulándose su régimen en el código penal a pesar de ser una institución típica del derecho civil”¹⁷⁸ y que “la responsabilidad civil se extiende a todos los daños materiales y a todos los efectos lesivos causados por el delito ya sean materiales ya ideales o morales, de forma que se obtenga una satisfacción completa y equitativa del perjuicio/s que ha sufrido la víctima”.¹⁷⁹
160. En respuesta a la **cuestión No. 21 de la lista de cuestiones** formuladas por el Comité, cabe señalar que **el resarcimiento referido por España y contemplado por el Art. 110 del código penal es de**

¹⁷⁴ *Supra* párr. 59.

¹⁷⁵ Véase, en particular, Amnesty Internacional, *Casos cerrados, heridas abiertas*, *supra* nota 95. Sólo en dos casos se exhumaron los restos y restituyeron a la familia antes de archivar el caso.

¹⁷⁶ Auto de archivo del Juzgado N° 10 de Palma de Mallorca, DP 1169/2009 por previsible fallecimiento de los culpables, p. 2.

¹⁷⁷ Con respecto a los estándares que se deben respetar en materia de exhumación e identificación de los restos mortales de víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, véanse, entre otros: Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, *Informe sobre la marcha de los trabajos del Comité Asesor sobre las mejores prácticas con respecto a las personas desaparecidas*, doc. A/HRC/14/42 del 22 de marzo de 2010; e *Informe sobre las Mejores prácticas con respecto a las personas desaparecidas*, doc. A/HRC/AC/6/2 del 22 de diciembre de 2010.

¹⁷⁸ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 245.

¹⁷⁹ *Ibid.*, párr. 246.

responsabilidad de quien haya cometido el delito (Art. 109, párr. 1, código penal). Asimismo, se aclara que el perjudicado podrá optar por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil. Considerando las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico español con respecto a la tipificación del delito¹⁸⁰ y a la noción de víctima de desaparición forzada,¹⁸¹ esta disposición es insuficiente para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por España de acuerdo con el Art. 24, párr. 4 y 5, de la Convención.

161. Asimismo, numerosos mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos han aclarado que el derecho a la reparación e indemnización de víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, como las desapariciones forzadas, **no debe depender de la existencia de un proceso penal en contra del responsable de la violación**. Así, entre otros, el Comité contra la Tortura ha declarado que “pese a las ventajas que ofrece a las víctimas una investigación penal desde el punto de vista de la prueba, las acciones civiles y la solicitud de reparación no deben estar supeditadas a la conclusión del proceso penal. El Comité considera que la indemnización no debe demorarse indebidamente hasta que se haya determinado la responsabilidad penal. Tendría que existir un procedimiento civil independiente del proceso penal y habría que establecer la legislación y las instituciones necesarias para tal fin”.¹⁸² Además ha agregado que “los Estados partes tienen la obligación de adoptar todas las medidas efectivas que sean necesarias para que todas las víctimas de esos actos obtengan una reparación. Ello incluye la obligación de iniciar prontamente un proceso para que las víctimas obtengan una reparación incluso si no existe una denuncia”.¹⁸³ De su parte el GTDF ha indicado que: “A los efectos de la reparación, debe adoptarse una definición amplia de la víctima, independiente del establecimiento de la responsabilidad penal y la condena del o los acusados”.¹⁸⁴
162. Además, **el Art. 110 del código penal español no dispone ninguna medida de rehabilitación o readaptación para las víctimas de delito, ni de satisfacción o garantías de no repetición**. El GTDF ha aclarado que “la obligación de proporcionar reparación a las víctimas de desapariciones forzadas no se limita al derecho a una indemnización monetaria. [...] en el ámbito de aplicación del derecho a la reparación en el caso de desapariciones forzadas, la familia de la persona desaparecida tiene el derecho imprescriptible a ser informada de la suerte y/o el paradero de la persona desaparecida y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique, independientemente de que se haya establecido la identidad de los autores o se los haya encausado”.¹⁸⁵ En el mismo sentido

¹⁸⁰ *Supra* párr. 25-45.

¹⁸¹ *Supra* párr. 142-146.

¹⁸² CAT, *Observación general No. 3*, doc. CAT/C/GC/3 de 13 de diciembre de 2012, párr. 26.

¹⁸³ *Ibid.*, párr. 27.

¹⁸⁴ GTDF, *Informe Anual 2012*, *supra* nota 159, párr. 51.

¹⁸⁵ *Ibid.*, párr. 53 y 54. En el párr. 56 se agrega que “la indemnización financiera no es suficiente en sí misma y normalmente debe acompañarse de otras formas de reparación”.

el Comité contra la Tortura ha destacado que: “la indemnización pecuniaria por sí sola tal vez no sea suficiente reparación para una víctima”.¹⁸⁶

163. De lo anterior, resulta que el sistema de indemnización relacionado con la responsabilidad civil *ex delicto* tal y como lo prevén los Art. 109 y 110 del código penal español no cumple con el Art. 24, párr. 4 y 5, de la Convención. Las obligaciones internacionales asumidas por España al ratificar la Convención tampoco se ven satisfechas, **contrariamente a lo indicado por el Estado en su informe, por las medidas de ayudas públicas establecidas por la Ley 35/1995¹⁸⁷ ya que, como se ha detallado más arriba,¹⁸⁸ esta legislación resulta inaplicable a las víctimas de desaparición forzada.**
164. Finalmente, cabe señalar que la Ley de Memoria Histórica¹⁸⁹ y algunas disposiciones legislativas con ella relacionadas¹⁹⁰ o a las cuales se hace referencia en la misma,¹⁹¹ prevén formas de ayuda o asistencia para las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo. Sin embargo, tampoco estas disposiciones pueden considerarse el cumplimiento por parte de España de sus obligaciones internacionales de acuerdo con el Art. 24, párr. 4 y 5, de la Convención, ya que como se ha visto arriba,¹⁹² la Ley de Memoria Histórica no proporciona una definición de víctima conforme a lo requerido por el Art. 24, párr. 1, de la Convención; tiene una portada temporal limitada y no se aplicaría a casos de desaparición forzada acontecidos después de 1977; y dispone sobretodo medidas de asistencia o ayuda social, que no pueden remplazar la indemnización y las reparaciones en el sentido antes ilustrado.
165. Al respecto, el GTDF hizo hincapié en que “*la prestación de servicios sociales a las víctimas no debe confundirse con su derecho a obtener reparación.* [...] Toda persona tiene derecho a la seguridad social y el Estado tiene el deber de proporcionar a la familia la protección más amplia posible. Sin embargo, las medidas relativas a la asistencia social no afectan la obligación del Estado de proporcionar reparación a las víctimas como consecuencia de la violación de sus derechos. Además, los subsidios sociales y/o las medidas de reparación no deben estar condicionados a la exigencia de que los

¹⁸⁶ CAT, *Observación general No. 3*, *supra* nota 182, párr. 9.

¹⁸⁷ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 247.

¹⁸⁸ *Supra* párr. 142-146.

¹⁸⁹ Art. 5-10: pensiones y prestaciones de asistencia médico-farmacéutica y asistencia social; pensiones de orfandad; indemnizaciones a favor de quienes sufrieron prisión; tributación en el impuesto sobre la renta; ayudas para compensar la carga tributaria de las indemnizaciones percibidas por privación de la libertad; y reconocimiento a favor de las personas fallecidas en defensa de la democracia durante el período comprendido entre 1 de enero de 1968 y 6 de octubre de 1977.

¹⁹⁰ Real Decreto 1791/2008, de 3 de noviembre, sobre la declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

¹⁹¹ Ley 5/1979, de 18 de septiembre, de reconocimiento de pensión, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social a favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil.

¹⁹² *Supra* párr. 147 y nota 164.

familiares de la persona desaparecida faciliten un certificado de defunción”.¹⁹³

e) Medidas para reglamentar la situación legal de las personas desaparecidas

166. El Art. 24, párr. 6, de la Convención requiere que “*sin perjuicio de la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida*, cada Estado parte adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad”.
167. Sobre el total incumplimiento por parte de España de su obligación de continuar con las investigaciones hasta establecer la suerte de la persona desaparecida se ha referido con anterioridad y se reenvía a la sección pertinente de este informe.¹⁹⁴ En cambio, cabe resaltar que lo referido por el Estado en su informe con respecto a los institutos jurídicos de “declaración de ausencia y declaración de fallecimiento”¹⁹⁵ tampoco parece conforme a lo requerido por el Art. 24, párr. 6, de la Convención.
168. Como refiere España en su informe, el código civil dispone que “en todo caso, *desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de última residencia, sin haberse tenido de ella más noticias* (1 año desde las últimas noticias o 3 años si hubiera dejado representante o apoderado voluntario) podrá el juez a instancia de parte interesada o del ministerio Fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Se exceptúan los casos en que aquel estuviese legítimamente representado o voluntariamente”. Además, la declaración de ausencia será de fallecimiento cuando hayan transcurrido unos lapsos superiores de tiempo desde la desaparición (10 años o 5 años si el desaparecido fuere mayor de 75 años, o 1 año si mediare desaparición violenta”.
169. De lo anterior se desprende que **la “declaración de ausencia” tal y como prevista por el código civil español es un instituto de portada y contenido generales, que no ha sido concebido ni refleja la complejidad y la naturaleza delictiva de la desaparición forzada de personas.** Asimismo, el representante de una persona desaparecida nombrado de acuerdo con el Art. 181 del código civil representaría a la víctima “en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave”, lo cual no parece reglamentar la situación legal de la persona desaparecida en ámbitos de protección social, derechos de familia y de propiedad. Además, transcurridos 10 años, la declaración se volverá de fallecimiento, tratando así indebidamente la desaparición forzada como una muerte directa.

¹⁹³ GTDF, *Informe Anual 2012*, supra nota 159, párr. 68 y 50 (el resaltado es agregado). En el mismo sentido véase CAT, *Observación General No. 3*, supra nota 182, párr. 37: “un Estado parte no puede aplicar medidas de desarrollo ni proporcionar asistencia humanitaria como sustituto de la reparación en favor de víctimas”.

¹⁹⁴ Supra párr. 84-95.

¹⁹⁵ Informe de España, supra nota 2, párr. 248.

170. Distintos mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos han indicado la necesidad de no tratar la desaparición forzada como una muerte directa, porque esto no reconoce la naturaleza continuada o permanente del delito.¹⁹⁶ Asimismo, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos ha destacado que “*se debe presumir que las personas desaparecidas están vivas hasta que se determine su suerte*. El derecho más importante de una persona desaparecida es el de la búsqueda y la recuperación. *No se debe declarar fallecida a una persona sin pruebas suficientes*. La muerte de una persona desaparecida se puede determinar por el descubrimiento de restos humanos, o se puede presumir a partir de otras pruebas, hechos o situaciones concretas [...]”.¹⁹⁷ Asimismo, el GTDF ha declarado que “[...] dicho reconocimiento deberá tomar la forma de una ‘declaración de ausencia por desaparición forzada’, que deberá expedirse, previo consentimiento de la familia, por parte de una autoridad estatal. [...]”.¹⁹⁸

¹⁹⁶ *Supra* párr. 146 y nota 163. Véase GTDF, *Informe Annual 2008*, doc. A/HRC/10/9 de 6 de febrero de 2009, párr. 114.

¹⁹⁷ Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, *Informe sobre la marcha de los trabajos del Comité Asesor sobre las mejores prácticas con respecto a las personas desaparecidas*, *supra* nota 177, párr. 60 (el resaltado es agregado).

¹⁹⁸ GTDF, *Observación general sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en el contexto de la desaparición forzada*, 2011, en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCRecognition.pdf>, párr. 8 (traducción no oficial). En la actualidad es disponible sólo en inglés. Véanse también párr. 9 y 10, de acuerdo con los cuales, más allá de expedir un certificado de ausencia por desaparición forzada los Estados mantienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables y de establecer la verdad sobre la suerte y el paradero de las víctimas.

Recomendaciones

Adoptar en la legislación española una definición de víctima de desaparición forzada conforme a lo dispuesto por el Art. 24, párr. 1, de la Convención, velando por que se considere víctima a una persona con independencia de su nacionalidad o residencia habitual y sin exigir de conocer con certeza la fecha de fallecimiento. Asimismo, las víctimas indirectas no podrán ser limitadas a los descendientes directos, sino que deberán abarcar toda persona que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada.

Establecer de manera explícita en la legislación española el derecho imprescriptible e inderogable de toda víctima de desaparición forzada a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y los resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida.

Adoptar todas las medidas necesarias, incluso legislativas, para garantizar de manera efectiva el derecho a conocer la verdad. En particular, velar por que las autoridades, incluso los juzgados territoriales, notifiquen sin demora a demandantes, víctimas, y fiscales la asunción de competencia sobre casos específicos y ofrezcan acciones a las partes de la querrela para que puedan personarse en forma y constituirse en parte. Asimismo, las autoridades deberán notificar sin demora y de forma exhaustiva a las partes el archivo de los casos.

Asegurar el establecimiento de mecanismos efectivos para la búsqueda, localización, exhumación, respeto y restitución de los restos mortales de las personas desaparecidas que hayan fallecido. En particular, asegurar que en el ámbito de las causas abiertas por crímenes, incluso desapariciones forzadas, cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, las autoridades – y en particular los juzgados territoriales – adopten todas las medidas necesarias para garantizar la exhumación, identificación y restitución de los restos mortales, asegurando la presencia de los afectados, para que la exhumación no se vuelva un puro acto administrativo totalmente desvinculado de la justicia.

Adoptar todas las medidas necesarias, incluso legislativas, para garantizar que las víctimas de desaparición forzada puedan realizar su derecho a una indemnización rápida, justa y adecuada, que comprenda daños materiales y morales. Asimismo, las víctimas – directas e indirectas – deberán tener acceso a medidas de reparación que garanticen la restitución, la rehabilitación, la satisfacción, y las garantías de no repetición.

Adoptar las medidas necesarias, incluso legislativas, para establecer un procedimiento que reconozca la situación jurídica de la persona desaparecida, expidiendo un certificado de ausencia por desaparición forzada que permita administrar sus bienes y velar por las necesidades de sus dependientes. Dicho certificado dará derecho a los familiares de la persona desaparecida y a quienes dependen de ella a asistencia económica y prestaciones sociales. En ningún caso se condicionará el derecho a la indemnización y reparación y el acceso a prestaciones sociales al obtener una declaración de fallecimiento de la persona desaparecida.

Art. 25 – Protección especial de niños y niñas víctimas de desaparición forzada

171. El Art. 25 de la Convención requiere que los Estados partes adopten medidas adecuadas para prevenir y sancionar penalmente la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada. Asimismo, requiere que se prevengan y sancione penalmente la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la identidad de los niños mencionados.
172. En su informe España alega cumplir con la obligación arriba mencionada gracias a los tipos penales de detención ilegal/secuestro con desaparición.¹⁹⁹ Como ya se ha reiteradamente señalado el ordenamiento jurídico español no tipifica la desaparición forzada de acuerdo con lo establecido por la

¹⁹⁹ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 254.

Convención.²⁰⁰

173. En respuesta a la **cuestión No. 23 de la lista de cuestiones** formuladas por el Comité, resulta de lo anterior que el código penal español, si bien considera el hecho de que las víctimas sean menores de edad una circunstancia agravante, **no tipifica de manera conforme a la Convención la desaparición forzada de menores y la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, que no puede considerarse cubierta por el tipo penal de adopción ilegal de niños tal y como tipificado por el Art. 221 del código penal español.**
174. El Art. 25, párr. 2, de la Convención afirma: “los Estados partes adoptarán todas las medidas necesarias para buscar e identificar a los niños mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo y restituirlos a sus familias de origen conforme a los procedimientos legales y a los acuerdos internacionales aplicables”. El párr. 3 de la disposición establece que los Estados partes se prestarán asistencia mutua en la búsqueda, identificación y localización de los niños referidos.
175. España señala en su informe que la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada es un delito público “*objeto de investigación en todo caso*”.²⁰¹ Asimismo, España se refiere a una “aparición de un número significativo de denuncias de apropiación de niños que pudieron ocurrir en España en la segunda mitad del pasado siglo”²⁰² e indica que “se siguen tramitando los procesos judiciales ya incoados en diversos juzgados de instrucción”.²⁰³
176. Sin embargo, en este sentido hay que resaltar que el auto de 18 de noviembre de 2008, por el cual el Juzgado Central de Instrucción N° 5 a cargo de Baltasar Garzón finalmente se declaró incompetente,²⁰⁴ indica que podría haberse desarrollado un sistema de desaparición de menores hijos de madres republicanas (muertas, presas, ejecutadas, exiliadas o simplemente desaparecidas) a lo largo de varios años, entre 1937 y 1950, realizado bajo la cobertura de una aparente legalidad, y que dicho sistema tuvo un claro carácter sistemático, preconcebido y desarrollado con verdadera voluntad criminal para que las familias de aquellos niños a las que no se consideraba idóneas para tenerlos porque no encajaban en el nuevo régimen, no pudieran volver a tener contacto con ellos. De esta forma se propició una desaparición ‘legalizada’ de menores de edad, con pérdida de su identidad, cuyo número indeterminado dura hasta la fecha.²⁰⁵ Además, se señala, que muchas víctimas (los hijos y sus progenitores) podrían estar vivas.
177. **Contrariamente a lo indicado por España en su informe, y a pesar de tratarse evidentemente de delitos públicos, como se ha ampliamente indicado más arriba,²⁰⁶ estos hechos – que por su magnitud califican de crímenes de lesa humanidad – permanecen sin ser investigados a la**

²⁰⁰ *Supra* párr. 25-45.

²⁰¹ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 261 (el resaltado es agregado).

²⁰² *Ibid.*, párr. 263.

²⁰³ *Ibid.*, párr. 264.

²⁰⁴ *Supra* párr. 87.

²⁰⁵ Diligencias previas procedimiento abreviado, Auto 399/2006 V del 16 de octubre de 2008.

²⁰⁶ *Supra* párr. 84-95.

fecha.

178. Además, como se ha informado,²⁰⁷ ante la inactividad de las autoridades de España y su falta de investigación y medidas efectivas de búsqueda de dichos menores, los tribunales de Argentina han querido ejercer la jurisdicción universal por querellas sobre actos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, incluyendo los cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, y se han dirigido a España dos exhortos solicitando su colaboración y para saber si el Estado está investigando estos hechos y, en particular, la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado que propició la desaparición “legalizada” de menores de edad con pérdida de su identidad, llevado a cabo en el período comprendido entre 17 de julio de 1936 y 15 de junio de 1977. Como se ha informado, España no está adoptando las medidas necesarias de cooperación con la justicia argentina y, por ello, tampoco cumple con lo requerido por el Art. 25, párr. 2 y 3, de la Convención.²⁰⁸
179. Con respecto a la **cuestión No. 24 de la lista de cuestiones** formuladas por el Comité, si bien en su informe España indica que “la constatación de la concurrencia de un hecho delictivo que haya determinado la consecuencia de una guarda o adopción irregular, podrá determinar, a instancia de las víctimas o del Ministerio Fiscal, la revisión de aquéllas situaciones jurídicas afectantes al estado civil de las personas que estuvieran anudadas a aquéllas guardas o adopciones ilegales”,²⁰⁹ **cabe señalar que en el ordenamiento jurídico español la adopción es irrevocable y sólo se puede extinguir en vía judicial cuando así lo solicite el padre o la madre que no hubieran intervenido en el procedimiento de adopción por alguna causa ajena a su voluntad. La demanda judicial para revocar la adopción deberá presentarse dentro de los dos años siguientes a la constitución de la adopción (Art. 180, párr. 2, código civil).**

²⁰⁷ *Supra* párr. 120 y notas 129 y 130.

²⁰⁸ Contrariamente a lo afirmado por España en su informe, *supra* nota 2, párr. 265.

²⁰⁹ Informe de España, *supra* nota 2, párr. 267.

Recomendaciones

Adoptar todas las medidas necesarias, incluso legislativas, para tipificar penalmente la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada; y la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la identidad de los niños mencionados.

Adoptar todas las medidas necesarias, incluso en el ámbito de la cooperación y asistencia judicial con otros Estados partes, para investigar la existencia de un plan de desaparición “legalizada” de menores de edad con pérdida de su identidad, llevado a cabo entre 1936 y 1977, identificar a los responsables, juzgarlos y sancionarlos de acuerdo con la gravedad del delito.

Adoptar las medidas necesarias, incluso legislativas, para garantizar la existencia de procedimientos legales encaminados a revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de niños apropiados sometidos a desaparición forzada y, si procede, anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada.

V. Conclusiones y recomendaciones

180. A la luz de todo lo anterior, TRIAL solicita al Comité que recomiende a España:

- adoptar una disposición específica que establezca en el ordenamiento español el derecho inderogable de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada de acuerdo con el Art. 1 de la Convención y que afirme de forma expresa que no pueden invocarse circunstancias excepcionales tales como las descritas en el Art. 1 de la Convención como justificación del delito de desaparición forzada.
- tipificar en la legislación penal española el delito de desaparición forzada de personas de acuerdo con la definición del mismo contenida en el Art. 2 de la Convención, estableciendo penas privativas de la libertad que tengan en cuenta su extrema gravedad.
- modificar la definición de desaparición forzada como delito de lesa humanidad contenida en el Art. 607 bis del código penal, asegurándose que la definición del delito sea conforme a lo establecido por el Estatuto de Roma, interpretado a la luz del Art. 2 de la Convención.
- asegurarse que se enmiende el Art. 607 bis del código penal de manera de no exigir para la configuración de todos los delitos de lesa humanidad la circunstancia de la “pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”. De acuerdo con el derecho internacional aplicable dicha exigencia se aplica sólo al delito de persecución, en cuyo caso es parte de la definición de la conducta.
- establecer explícitamente que el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal por delitos de lesa humanidad ni constituirá per se un motivo para reducir la pena.
- establecer de manera expresa en la legislación penal española que las órdenes de cometer crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.
- establecer explícitamente en la legislación española que los presuntos autores de delitos de lesa humanidad no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal, y sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes, con exclusión de la jurisdicción militar.
- emendar la legislación española de manera que, de acuerdo con lo requerido por el Art. 6, párr. 1 (b), de la Convención se considere penalmente responsable y se sancione con penas adecuadas a la gravedad, al superior que i) haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente; ii) haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y iii) no

haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

- establecer de manera expresa en la legislación española que ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada, prohibiendo explícita toda orden que disponga, autorice o aliente las desapariciones forzadas.
- establecer de manera expresa que toda persona que reciba una orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, que disponga, autorice, o aliente las desapariciones forzadas, tiene el derecho y el deber de no obedecerla.
- disponer la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas en todo caso, se defina este o no como crimen de lesa humanidad.
- definir expresamente la desaparición forzada como delito permanente.
- garantizar a las víctimas de toda desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción. En particular, en los casos donde se aplica un régimen de prescripción de la acción penal, suspender la prescripción durante el tiempo que las víctimas y sus familias no cuenten con recursos eficaces o éstos sean indisponibles, y hasta que se restablezcan.
- enmendar las disposiciones del ordenamiento jurídico que restringen indebidamente el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles. En particular, asegurarse que se prevea expresamente la competencia de los tribunales españoles para juzgar a presuntos autores de desaparición forzada, se defina este o no como crimen de lesa humanidad, que se hallen en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Además, enmendar las disposiciones existentes que requieren comprobar la existencia de un “vínculo de conexión relevante con España” del presunto responsable para poder ejercer la jurisdicción de los tribunales españoles.
- asegurar que las actuaciones y decisiones de las autoridades judiciales, especialmente en el ejercicio del principio de jurisdicción universal, sean adoptadas de manera independiente, con base exclusivamente en consideraciones jurídicas y sin injerencias políticas.
- asegurar que en casos de extradición pasiva el gobierno no pueda ejercer injerencias políticas en las actuaciones judiciales y que se elimine el requisito de la doble incriminación de la conducta delictiva para conceder la extradición en casos de desaparición forzada de personas.
- adoptar las medidas necesarias para enmendar o derogar los párr. 2 y 3 del Art. 7 de la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional, asegurando el respeto del principio de complementariedad y de las obligaciones dimanantes de los Art. 9, párr. 2, y 11, párr. 1, de la Convención.

- establecer de manera explícita en el ordenamiento jurídico español que no se admitirán privilegios, inmunidades ni dispensas especiales en procesos contra presuntos autores de delitos de desaparición forzada.
- establecer de manera explícita en el ordenamiento jurídico español que la desaparición forzada no puede considerarse nunca como delito cometido en acto de servicio, y que los tribunales militares carecen de jurisdicción en casos de desaparición forzada.
- adoptar todas las medidas necesarias, incluso legislativas, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular derogando la Ley de Amnistía de 1977.
- adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que todas las autoridades nacionales, incluso el poder judicial, reconozcan la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.
- tomar todas las medidas necesarias para asegurar la independencia interna del Poder Judicial, asegurándose que no se puedan utilizar medidas como el traslado o la remoción de magistrados para obstaculizar la investigación, el juzgamiento y la sanción de desapariciones forzadas. En particular, tomar todas las medidas para garantizar la autonomía de los jueces en la interpretación de la ley y asegurarse que supuestos errores en decisiones judiciales no sean motivo para la remoción de un juez ni para el inicio de un proceso penal.
- modificar el Art. 1 de la Ley de Extradición Pasiva y establecer de manera clara que todo delito o crimen de derecho internacional y, en particular, toda desaparición forzada de personas, no constituye un delito político.
- asegurar que la falta de tipificación de desaparición forzada por un Estado – a los efectos de la doble incriminación – no constituya un obstáculo insalvable a fines de extradición.
- incluir la desaparición forzada entre los delitos susceptibles de extradición en todo tratado de extradición que celebre con posterioridad a diciembre de 2010.
- asegurar que todo nuevo tratado de extradición concluido por España incluya expresamente la posibilidad de denegar la extradición de una persona cuando haya razones para creer que podría ser sometida a una desaparición forzada.
- asegurar que bajo ninguna circunstancia se recurra a las garantías diplomáticas como salvaguardia contra la desaparición forzada cuando haya razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a desaparición forzada a su regreso tras su expulsión, devolución, entrega o extradición.
- investigar a fondo, de manera independiente y eficaz todas las circunstancias relativas a la posible participación española en los programas de entrega extrajudicial de la CIA y dar a conocer públicamente los resultados de dichas investigaciones, así como juzgar y sancionar a los responsables.
- revisar las cláusulas de excepción previstas por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del

derecho de asilo y de la protección subsidiaria, para asegurar que en ningún caso se pueda contravenir al principio de no devolución contenido en el Art. 16 de la Convención.

- remover todos los obstáculos al auxilio judicial en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a delitos de desaparición forzada, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en poder del Estado. En particular, asegurar el suministro sin demora de la información reiteradamente requerida por la jueza Servini de Cubría del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 1 de Buenos Aires, y la toma de las declaraciones testimoniales de víctimas por videoconferencia.
- asegurar que el auxilio judicial prestado por parte de España en cualquier procedimiento penal relativo a un delito de desaparición forzada sea independiente de que estos delitos se investiguen por las autoridades españolas.
- prestar todo el auxilio posible para garantizar la conservación y restitución de los restos mortales de ciudadanos españoles recién ubicados e identificados en la zona de Fadret Leguiaa, cerca de Amgala, en el Sáhara occidental, y establecer una estrecha cooperación con Marruecos para garantizar la búsqueda, localización, exhumación y restitución de los restos de las personas desaparecidas que puedan encontrarse en otras fosas comunes presentes en el Sáhara occidental y en el territorio bajo la jurisdicción de Marruecos.
- prohibir de manera explícita en la legislación nacional la detención secreta, tipificándola de acuerdo con el derecho internacional aplicable.
- adoptar las medidas necesarias, incluidas las de naturaleza legislativa, para suprimir el régimen de incomunicación, y reconocer a todas las personas privadas de libertad el derecho a la libre elección de un abogado con el cual puedan comunicarse libremente, que pueda ser consultado de manera plenamente confidencial y que pueda estar presente durante los interrogatorios.
- mientras se adoptan todas las medidas necesarias para suprimir el régimen de incomunicación en la legislación nacional, garantizar que las personas detenidas en este contexto puedan contar con las siguientes garantías fundamentales: la notificación a la familia en relación con el hecho de la detención y el paradero de la persona detenida; la posibilidad de ser visitada por un médico de su elección junto con el médico forense designado por el juez de instrucción; vigilancia por vídeo 24 horas y grabación de las áreas de detención.
- adoptar las medidas necesarias para garantizar la mejora sustancial del sistema de registro de datos por parte de las fuerzas de seguridad en casos de detención en régimen de incomunicación. Asimismo, debería ampliarse la aplicación de las grabaciones de audio y vídeo. En general, España debe garantizar que todos los registros de detención se cumplimentan diligentemente.
- garantizar que las personas sujetas a las disposiciones del Art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sean sistemáticamente llevadas físicamente ante el juez competente antes de que se adopte

una decisión sobre la prolongación del período de custodia más allá de las 72 horas.

- adoptar las medidas necesarias para garantizar en todos los CIE el acceso a información, asistencia legal y atención médica adecuada para los internos, así como el acceso de las ONGs de asistencia a dichos centros.
- adoptar las medidas necesarias para garantizar a los migrantes que han salido de un CIE y cuyo proceso de expulsión está pendiente, la protección de sus derechos básicos, la protección judicial y el acceso a un recurso efectivo, incluida la posibilidad de recurrir su orden de expulsión.
- adoptar en la legislación española una definición de víctima de desaparición forzada conforme a lo dispuesto por el Art. 24, párr. 1, de la Convención, velando por que se considere víctima a una persona con independencia de su nacionalidad o residencia habitual y sin exigir de conocer con certeza la fecha de fallecimiento. Asimismo, las víctimas indirectas no podrán ser limitadas a los descendientes directos, sino que deberán abarcar toda persona que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada.
- establecer de manera explícita en la legislación española el derecho imprescriptible e inderogable de toda víctima de desaparición forzada a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y los resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida.
- adoptar todas las medidas necesarias, incluso legislativas, para garantizar de manera efectiva el derecho a conocer la verdad. En particular, velar por que las autoridades, incluso los juzgados territoriales, notifiquen sin demora a demandantes, víctimas, y fiscales la asunción de competencia sobre casos específicos y ofrezcan acciones a las partes de la querrela para que puedan personarse en forma y constituirse en parte. Asimismo, las autoridades deberán notificar sin demora y de forma exhaustiva a las partes el archivo de los casos.
- asegurar el establecimiento de mecanismos efectivos para la búsqueda, localización, exhumación, respeto y restitución de los restos mortales de las personas desaparecidas que hayan fallecido. En particular, asegurar que en el ámbito de las causas abiertas por crímenes, incluso desapariciones forzadas, cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, las autoridades – y en particular los juzgados territoriales – adopten todas las medidas necesarias para garantizar la exhumación, identificación y restitución de los restos mortales, garantizando la presencia de los afectados, para que la exhumación no se vuelva un puro acto administrativo totalmente desvinculado de la justicia.
- adoptar todas las medidas necesarias, incluso legislativas, para garantizar que las víctimas de desaparición forzada puedan realizar su derecho a una indemnización rápida, justa y adecuada, que comprenda daños materiales y morales. Asimismo, las víctimas – directas e indirectas – deberán tener acceso a medidas de reparación que garanticen la restitución, la rehabilitación, la satisfacción, y las garantías de no repetición.
- adoptar las medidas necesarias, incluso legislativas, para establecer un procedimiento que reconozca la

situación jurídica de la persona desaparecida, expidiendo un certificado de ausencia por desaparición forzada que permita administrar sus bienes y velar por las necesidades de sus dependientes. Dicho certificado dará derecho a los familiares de la persona desaparecida y a quienes dependen de ella a asistencia económica y prestaciones sociales. En ningún caso se condicionará el derecho a la indemnización y reparación y el acceso a prestaciones sociales al obtener una declaración de fallecimiento de la persona desaparecida.

- adoptar todas las medidas necesarias, incluso legislativas, para tipificar penalmente la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada; y la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la identidad de los niños mencionados.
- adoptar todas las medidas necesarias, incluso en el ámbito de la cooperación y asistencia judicial con otros Estados partes, para investigar la existencia de un plan de desaparición “legalizada” de menores de edad con pérdida de su identidad, llevado a cabo entre 1936 y 1977, identificar a los responsables, juzgarlos y sancionarlos de acuerdo con la gravedad del delito.
- adoptar las medidas necesarias, incluso legislativas, para garantizar la existencia de procedimientos legales encaminados a revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de niños apropiados sometidos a desaparición forzada y, si procede, anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada
- difundir ampliamente la Convención, y las observaciones finales del Comité para sensibilizar a las autoridades judiciales, legislativas y administrativas, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales que actúan en España, así como a la sociedad en su conjunto.
- facilitar, en el plazo de un año, información sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones que el Comité estime prioritarias, y en el plazo de seis años, sobre el cumplimiento de todas las recomendaciones contenidas en las observaciones finales del Comité.

VI. Acerca de TRIAL

TRIAL (*Asociación suiza contra la impunidad*) es una organización no gubernamental establecida en 2002 con sede en Ginebra, que cuenta con estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) desde 2009. Es una organización apolítica y no religiosa. Su objetivo principal es la lucha contra la impunidad de perpetradores, cómplices e instigadores de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, desaparición forzada de personas y tortura. TRIAL ha creado un Centro de Asistencia Legal (*Advocacy Centre*), considerando que, a pesar de la existencia de foros jurídicos y herramientas que pueden ofrecer reparación a las víctimas de crímenes internacionales, estos mecanismos no se utilizan de manera suficiente. En este marco TRIAL representa a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos ante cortes regionales de derechos humanos y comités de Naciones Unidas, así como ante tribunales nacionales con base en el principio de la jurisdicción universal. Asimismo, TRIAL presenta informes alternativos ante diferentes comités de Naciones Unidas sobre temas relacionados con la prevención y la erradicación de los crímenes en virtud del derecho internacional y la lucha contra la impunidad.

Además, TRIAL sensibiliza las autoridades y la sociedad en su conjunto con respecto a la necesidad de establecer un sistema jurídico eficaz a nivel nacional e internacional para el juzgamiento y la sanción de los responsables de crímenes en virtud del derecho internacional.

TRIAL es miembro de la Coalición Internacional contra las Desapariciones Forzadas.

Contacto: Dr. iur. Philip Grant (Director)
Dirección: TRIAL (*Asociación suiza contra la impunidad*), P.O. Box 5116, 1211, Ginebra 11, Suiza
Tel./Fax No.: + 41 22 321 61 10
E-mail: philip.grant@trial-ch.org
Website: www.trial-ch.org/