



Fundación Internacional
Baltasar Garzón

PRO DERECHOS HUMANOS Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL

***EXAMEN DEL INFORME DE ESPAÑA PRESENTADO EN VIRTUD DEL
ARTÍCULO 29 DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA
PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS
DESAPARICIONES FORZADAS***

ESPAÑA

INFORMACIÓN ADICIONAL
FUNDACIÓN INTERNACIONAL BALTASAR GARZÓN

Índice

I. INTRODUCCIÓN.....	2
II. OBJETO DEL PRESENTE EXAMEN	3
III. PROCESO DE CONSULTAS.....	5
IV. MARCO JURÍDICO GENERAL POR EL QUE SE PROHÍBEN LAS DESAPARICIONES FORZADAS.....	5
V. INFORMACIÓN RELATIVA A CADA ARTÍCULO SUSTANTIVO DE LA CONVENCIÓN.....	8
<i>Artículo 1.- Derecho a no ser sometido a desaparición forzada</i>	8
<i>Artículos 2 y 3.- Definición</i>	11
<i>Artículo 4.- Criminalización del delito de desaparición forzada.....</i>	13
<i>Artículo 5.- Desaparición forzada como crimen contra la humanidad.....</i>	13
<i>Artículo 6.- Responsabilidad criminal.....</i>	14
<i>Artículo 8.- Prescripción del delito.</i>	15
<i>Artículos 9 y 11.- Jurisdicción.....</i>	16
<i>Artículo 10.- Detención del presunto responsable.....</i>	17
<i>Artículo 12.- Obligación de investigar y medidas de protección</i>	17
<i>Artículo 13.- Extradición.....</i>	20
<i>Artículo 14.- Cooperación judicial</i>	22
<i>Artículo 15.- Asistencia a las víctimas de desaparición forzada</i>	22
<i>Artículo 16.- Principio de non-refoulement (no devolución) y salvaguarda de los derechos humanos</i>	23
<i>Artículos 17 y 20.- Detención secreta</i>	24
<i>Artículos 18, 19 y 21.- Registros y acceso a la información</i>	26
<i>Artículo 22.- Infracciones penales relativas a los registros</i>	27
<i>Artículo 23.-Formación.....</i>	27
<i>Artículo 24.- Derecho a la reparación plena.....</i>	28
<i>Artículo 25.- Desapariciones forzadas de niños.....</i>	30
I. VI. RECOMENDACIONES	32

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe responde a las manifestaciones vertidas por España en su informe presentado el 26 de diciembre del 2012 en virtud del artículo 29.1 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las personas contra las desapariciones forzadas (la Convención) ante el Comité contra la Desaparición Forzada (el Comité). Pretende, por tanto, aportar información adicional al Comité en aras de ayudarle en su evaluación.

La Convención se aprobó el 20 de diciembre de 2006 por la Asamblea General en su resolución 61/177 y entró en vigor, también para España, el 23 de diciembre de 2010.

La desaparición forzada constituye una violación del derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad personal, el derecho a no ser sometido a torturas y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Con la finalidad de prevenir las desapariciones forzadas y luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada, la Convención consagra el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada y el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación. De igual forma, reafirma el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, así como el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin.

Éste es, por tanto, el espíritu que debe tener en cuenta el Estado español a la hora de implementar la Convención en su legislación nacional. Su ratificación obliga a España a adoptar medidas legislativas o de otra índole apropiadas para prevenir y suprimir la práctica de la desaparición forzada. España debe esclarecer la suerte de las personas desaparecidas, realizar una investigación imparcial y sin dilaciones en todos los casos en los que existan indicios racionales de la existencia de una desaparición forzada, **independientemente de cuando se hayan cometido los hechos. Todos los responsables deben ser enjuiciados y sancionados.**

II. OBJETO DEL PRESENTE EXAMEN

Conforme al artículo 29.1 de la convención, el Comité examinará el informe emitido por el Estado español relativo a las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud de la presente Convención.

Hay que recordar que, conforme a la Convención sobre el Derecho de los Tratados, “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (artículo 26). Además, “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” (Artículo 27).

El artículo 35.1 de la Convención, establece:

“La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención.”

A este respecto, debe ponerse de manifiesto que España incurre en un grave error de interpretación cuando afirma que la fecha a partir de la cual debe informar al Comité, es la de entrada en vigor de la norma, es decir, el 23 de diciembre de 2010. El Estado español realiza una interpretación en detrimento de las decenas de miles de víctimas de desapariciones forzadas cometidas durante la guerra civil y el franquismo, en nuestro país. La interpretación que aporta, quebranta clamorosamente el principio internacional consolidado de no impunidad de este crimen, máxime cuando ha sido cometido en forma sistemática y contra sectores de la población civil y como parte de la política del Estado (crímenes contra la humanidad).

El mencionado artículo 35 hace referencia a la competencia del Comité que establecen los artículos 31 y 32 de la Convención. Esto es, el Comité tiene competencia para conocer denuncias, cuyo planteamiento sea individual o proceda de los Estados parte, por hechos ocurridos a partir de la entrada en vigor de la Convención.

La cuestión nuclear a decidir es cuando se entiende cometido el hecho y hasta donde extiende sus efectos y si el mismo sigue cometándose al tiempo de la entrada en vigor de la Convención. Al respecto, es principio consolidado en el derecho penal nacional e internacional que el delito de desaparición forzosa es un delito permanente cuya continuidad antes y después de la entrada en vigor de la norma, se manifiesta ante la

falta de cualquier clase de investigación efectiva e independiente por parte del Estado del paradero de la víctima o el hallazgo de la misma. Es decir, hasta tanto no se inicie esa investigación solvente o se tenga noticia del paradero de la víctima, el delito se sigue cometiendo y, por ende, la obligación del Estado de investigar, se mantiene después de la entrada en vigor de la Convención hasta cumplir con esa obligación. Ello sin perjuicio del resto de instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a España a investigar estos delitos derivados del derecho internacional.

El Estado respectivo, no debe eludir sus obligaciones de investigación y búsqueda, de las desapariciones forzadas ocurridas antes de la entrada en vigor de la Convención. Y, tampoco debe eludir la "competencia del Comité" a la que hace referencia el precitado artículo 35 de la Convención. Este precepto no limita el examen del Comité en este sentido, sino que lo impone.

Por lo tanto, el Comité, conforme al artículo 29 de la Convención, podrá examinar en qué medida se da cumplimiento por el Estado español a las obligaciones derivadas de la Convención, extendiéndose tanto a las desapariciones forzadas ocurridas con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, como a aquellas que, habiendo acontecido antes, no se hayan resuelto, ni investigado efectivamente después de aquella fecha y por tanto continúan cometiéndose hasta el día de hoy.

En este sentido, solicitamos al Comité que requiera a España la información relativa a los mecanismos de investigación penal desplegados para cumplir aquella obligación en todos aquellos casos en los que no ha habido respuesta alguna por parte del Estado. Y ello, porque éste tiene la obligación de comunicar las medidas adoptadas a favor de las víctimas, tendentes a garantizar el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada, a la justicia y a la reparación, así como a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición, responsables de la misma y paradero de la víctima; así como el derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones sobre la misma. Todo ello independientemente de que la desaparición forzada se haya producido en un momento anterior a la entrada en vigor de la Convención, pues tal es el objeto y fin de la misma.

Así, el 8 de febrero de 2012, el Grupo de Trabajo, junto con el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de los Jueces y Abogados, con ocasión del juicio seguido contra el juez instructor de la causa en la que se inició la investigación de los crímenes franquistas, emitió un comunicado de prensa sobre dicho juicio y sobre

sus efectos en la investigación y el enjuiciamiento de los más de 100.000 casos de desapariciones forzadas que presuntamente ocurrieron durante la guerra civil española y el régimen franquista. **El Grupo de Trabajo destacó que debía realizarse una investigación mientras no se esclareciera la suerte de las víctimas de desapariciones forzadas, y que ninguna ley de amnistía ponía fin a la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de las desapariciones¹.**

En este sentido, se recuerda el carácter permanente de este delito hasta que cesa la desaparición forzada y la posibilidad de que el mismo sea calificado como crimen contra la humanidad.

Por lo tanto, España tiene la obligación de informar sobre todas las medidas tomadas conforme a la Convención, tanto en la legislación como en la práctica, referentes a todos los hechos que pudieran constituir un delito de desaparición forzada.

III. PROCESO DE CONSULTAS

En cuanto al proceso de consultas, el Estado español no ha aportado información suficiente que permita dilucidar como fue el proceso y cuáles fueron las aportaciones de la sociedad civil.

Por lo tanto, España debe aportar más información sobre este proceso.

IV. MARCO JURÍDICO GENERAL POR EL QUE SE PROHÍBEN LAS DESAPARICIONES FORZADAS

La Convención fue ratificada por España el 14 de julio de 2009. Además, el instrumento de ratificación fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 18 de febrero de 2011. Por lo tanto, como se fundamenta más abajo, la misma es parte del ordenamiento

¹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 28 de enero de 2013, Documento ONU A/HRC/22/45, par. 38 (http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-45_sp.pdf).

jurídico español y de aplicación directa. A través de la ratificación de la Convención España consintió en obligarse por tal instrumento, no siendo posible invocar su derecho interno como justificación para su incumplimiento.

A pesar de que el Estado español es parte de la Convención, el mismo no ha reconocido su aplicación directa. Asimismo, no existe ninguna disposición constitucional, penal ni administrativa en el ordenamiento jurídico español que prohíba expresamente la desaparición forzada.

La Constitución Española no otorga ningún rango específico a los tratados internacionales en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, todo tratado internacional ratificado por España y publicado en el Boletín Oficial del Estado es parte del ordenamiento jurídico y de aplicación directa en España. Además, conforme al artículo 96.1 de la Constitución Española, no puede invocarse ninguna disposición interna para eximir su cumplimiento. El citado artículo dispone lo siguiente:

"Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional."

Conforme al artículo 1 del Código Civil, el cual data de 1889, las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Conforme al artículo 1.3 del Código Civil, "[l]a costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada." En consecuencia, el citado artículo no limita la costumbre a la costumbre nacional, incluyendo también la costumbre internacional.

Además, el artículo 1.5 del Código Civil otorga a los tratados internacionales fuerza de Ley.

De esta manera, los tratados no constituyen meros criterios interpretativos, sino que son fuentes del ordenamiento jurídico español.

No es ésta, sin embargo, la interpretación realizada por el Estado español. Así, el Tribunal Supremo en Sentencia 798/2007 ha manifestado en orden a la aplicación del derecho penal internacional que "es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contempla la eficacia directa de las normas internacionales [...]"².

Manifiesta el Estado español que los tratados de derechos humanos ratificados por España "son pauta o criterio de interpretación de todos los derechos fundamentales y libertades que la CE."³.

Efectivamente, los derechos fundamentales deben ser "interpretados conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España."⁴ Por lo tanto, su interpretación no debe contradecir dichos tratados. Como se ha expuesto anteriormente, no es tal el criterio utilizado por el Estado español.

Además, el párrafo 30 del informe reproduce la jurisprudencia el Tribunal Supremo en Sentencia 101/2012 en cuanto a la principio de legalidad en hechos que pudieran ser constitutivos de un delito de desaparición forzada. El citado Tribunal dispone que "[n]o es posible –por más que sea sostenida por algún sector doctrinal- que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad."⁵

La citada sentencia se ubica dentro del sector más restrictivo de interpretación del principio de legalidad, limitándolo al ámbito nacional y prescindiendo del principio de legalidad penal internacional que vincula a todas las instituciones del Estado español. La interpretación del Tribunal Supremo va dirigida en forma exclusiva y excluyente a garantizar la impunidad respecto de los crímenes franquistas, de cuya investigación ha prescindido paladinamente, a pesar de su carácter masivo y de crímenes contra la humanidad. La afirmación de la imposibilidad de investigación de delitos de desaparición forzada alegando extinción de responsabilidad penal por muerte del imputado (sin constatación alguna), prescripción o amnistía, contradice principios

² Informe presentado por España, par. 28,
http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/Session5/CED-C-ESP-1_sp.pdf

³ *Ídem*. Para. 22.

⁴ *Ídem*. Para. 20.

⁵ *Ídem*. Para. 30.

básicos arraigados en el derecho penal internacional y en las diferentes resoluciones de Tribunales y Cortes internacionales de los Derechos Humanos. La sentencia justifica la prescripción y la amnistía alegando que la calificación de crímenes de lesa humanidad, que los convertiría en delitos inamnistiables e imprescriptibles se había aplicado de manera retroactiva, vulnerando el principio de irretroactividad penal. Esta interpretación es contraria al *ius cogens*, ya que toma esa decisión a pesar de que el delito en sí ya existía y que el calificativo de crimen de lesa humanidad ya era aplicable en España como parte del derecho penal internacional consuetudinario, afirmación con la que discrepa el Tribunal por considerar que se requiere una trasposición interna.

En esta emblemática sentencia, el Tribunal Supremo cierra definitivamente las puertas a la investigación del paradero de las víctimas de desapariciones forzadas, y ello una vez ya entrada en vigor para España la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Por lo demás, España debe reconocer, tanto en la legislación como en la práctica, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas como parte del ordenamiento jurídico español y de aplicación directa.

V. INFORMACIÓN RELATIVA A CADA ARTÍCULO SUSTANTIVO DE LA CONVENCIÓN

Artículo 1.- Derecho a no ser sometido a desaparición forzada

No existe prohibición expresa en el ordenamiento jurídico español a ser sometido a desaparición forzada.

Tampoco existe una norma expresa que garantice la inderogabilidad de la prohibición de la desaparición forzada. En la medida en que, como manifiesta el Estado español, no se otorga rango constitucional a los derechos humanos consagrados en los convenios internacionales, tampoco existe ningún precepto que establezca la inderogabilidad de tal derecho, pues no se considera un derecho fundamental *per se*.

La única legislación relativa a la desaparición forzada es la Ley 52/2007 de 26 de Diciembre, conocida como Ley de la Memoria Histórica, mediante la cual se establecen medidas para la identificación y localización de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignora. Sin embargo, **el Estado español, en la actualidad, ha eliminado la partida presupuestaria destinada a la Memoria Histórica del proyecto de Presupuestos Generales del Estado de 2013. Ello evidencia, el olvido definitivo tanto de las víctimas como de toda intención investigadora por parte de la justicia española de los crímenes que les afectan y de la reparación por parte de las demás instituciones afectadas.**

Por otra parte, pero directamente relacionado con lo anterior, mediante el Real Decreto 453/2012 que integró las funciones de la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y de la Dictadura en la División de Derechos de Gracia y Otros Derechos, asume ésta el desarrollo de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre de 2007, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, (comúnmente conocida como Ley de Memoria Histórica).

Por lo tanto, España debe consagrar expresamente, con rango constitucional, el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, así como la inderogabilidad de tal derecho en caso de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra situación de emergencia pública.

DETENCIÓN INCOMUNICADA

Nos preocupa igualmente, el mantenimiento de la legislación relativa a la detención incomunicada prevista en el artículo 509 (detención o prisión incomunicadas como medida excepcional) y 520bis (delitos de terrorismo) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las consecuencias del artículo 527 del mismo cuerpo legal. Conforme a tales preceptos, la persona detenida o presa no tiene derecho a un abogado de su elección ni a una entrevista reservada con el mismo ni el derecho a la comunicación prevista (aviso a familiar o persona que designe). La constitucionalidad de estas consecuencias fue declarada por el Tribunal Constitucional mediante sentencia 196/1987 de 11 de diciembre.

El régimen de incomunicación, asimismo, puede dar lugar a un delito de desaparición forzada de personas.

En diciembre de 2006, el titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, incorporó a las investigaciones sobre delitos de terrorismo un procedimiento para reforzar las garantías de los detenidos en régimen de incomunicación que, respetando los estándares internacionales de organismos de Naciones Unidas y de Derechos Humanos que en ese momento no se asumían en España, incluía:

- a. La grabación en vídeo de la persona detenida durante todo el tiempo de permanencia en dependencias policiales, quedando la grabación a disposición del juzgado;
- b. La posibilidad de ser reconocido cada ocho horas y siempre que fuere necesario, por un médico personal, acompañado del médico forense de turno del servicio de la Audiencia Nacional;
- c. La obligación de los funcionarios policiales de notificar a la familia de la persona detenida su detención y su paradero; y
- d. La obligación de los funcionarios policiales de informar al juzgado de cualquier incidencia que se produzca durante la detención y sobre la situación de los detenidos, cada 12 horas y siempre que fuere necesario. Todo ello sin perjuicio de que el Juez pueda constituirse en el lugar de detención para conocer la situación de los detenidos, en cualquier momento.

Este procedimiento, conocido a nivel nacional e internacional como "Protocolo Garzón", se está aplicando también por los titulares de otros Juzgados Centrales de Instrucción y Salas de la Audiencia Nacional y ha sido destacado como una buena práctica para la prevención de la tortura por diversos organismos internacionales de tutela de los Derechos Humanos – lo demuestra, entre otros, el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas para la cuestión de la Tortura sobre el seguimiento de las recomendaciones efectuadas tras la visita a España en 2003 (7ª Sesión del Consejo de Derechos Humanos) y el examen del V informe periódico de España ante el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (sesiones de 12 y 13 de noviembre de 2009)-. Asimismo, el Gobierno de España ha asumido la generalización de este 'Protocolo', incorporando sus garantías al Plan Nacional de Derechos Humanos, aprobado por Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 2008.

No obstante, su práctica no es ni vinculante ni generalizada, como ha exigido el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa en varios de sus informes, de modo que continúa dándose preferencia a la oportunidad y "eficacia" en la investigación de

los delitos de terrorismo que a la aplicación de los preceptos internacionales pertinentes.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación general N° 20 (1992), a propósito del artículo 7 (Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), estableció la supresión de la detención en régimen de incomunicación, igual que han hecho otros organismos internacionales⁶.

Por lo tanto, España debe modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de eliminar definitivamente el régimen de incomunicación y de que se reconozca que los detenidos pueden consultar con un abogado de su elección que puede estar presente en los interrogatorios, los cuales, deberán ser grabados en su integridad. Asimismo, España debe exigir que en todas las Comisarías de policía Nacional o Autonómicas y comandancias de la Guardia Civil, se impongan, como mínimo, las medidas antedichas.

Artículos 2 y 3.- Definición

No existe una definición de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico español conforme al artículo 2 de la Convención, incumpliendo su obligación de introducir una definición conforme al citado artículo.

Sin embargo, ante hechos constitutivos de desaparición forzada, se ha utilizado la figura de la detención ilegal definida en el artículo 163 del Código Penal en consonancia con el artículo 167 del mismo cuerpo legal.

Tal fue el caso de la sentencia dictada en el caso Scilingo, la cual fue confirmada en este sentido por el Tribunal Supremo en Sentencia 798/2007 de 1 de octubre.

⁶ Véase, Informe sobre la visita de España del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, 6 de febrero de 2004, Doc. ONU E/CN.4/2004/56/Add.2, par. 66; Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, visita a España, 16 de diciembre de 2008, Doc. UN A/HRC/10/3/Add.2, par. 32; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, 5 de enero de 2009, Doc. ONU CCPR/C/ESP/CO/5, par. 14; Consejo de Derechos Humanos, Seguimiento de las recomendaciones realizadas por el Relator Especial, 26 de febrero de 2010, Doc. UN A/HRC/13/39/Add.6, par. 79.

La citada definición es mucho más restrictiva que la definición establecida por la Convención, ya que la misma no reúne los elementos constitutivos de desaparición forzada:

1. El arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad;
2. Que la conducta sea llevada a cabo por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan bajo la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado;
3. La negativa a reconocer dicha privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida;
4. La sustracción a la protección de la ley como consecuencia de la conducta.

Asimismo, el artículo 530 del Código Penal se refiere al acuerdo, práctica o prolongación de la privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, violando los plazos o demás garantías constitucionales o legales. Difiere por tanto la naturaleza de tal precepto de la definición establecida por el artículo 2.

El Tribunal Supremo en la sentencia nº 101/2012 ha revisado su propia doctrina y ha restringido aún más el concepto y de hecho niega toda posibilidad de calificación de crímenes en contexto de crímenes contra la humanidad con anterioridad a la definición de estos en 2003, excluyendo expresamente los crímenes franquistas cometidos durante la guerra civil y los años posteriores.

Por lo tanto, España debe introducir en su legislación una definición de desaparición forzada que incluya todos los elementos establecidos en el artículo 2 de la Convención.

En el mismo sentido que el artículo anterior, al no existir una definición de desaparición forzada conforme a la Convención, no existe ninguna definición de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico español cuya conducta sea cometida por personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.

Por lo tanto, España, al introducir la definición de desaparición forzada de acuerdo con la Convención, debe incluir a personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado como sujetos activos de la conducta.

Artículo 4.- Criminalización del delito de desaparición forzada

Incumpliendo totalmente con las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, a pesar de las continuas reformas del Código Penal español, no existe todavía en el mismo la tipificación del delito de desaparición forzada de manera autónoma conforme a la definición dada en el artículo 2 de la Convención.

El delito de desaparición forzada tendrá que ser enjuiciado a través de los delitos de detención ilegal, secuestro, tortura, homicidio, asesinato u otros delitos tipificados en el Código Penal que puedan ser subsumidos en aquella conducta.

Por lo tanto, España debe tipificar el delito de desaparición forzada como un delito autónomo el Código Penal conforme a la definición dada por el artículo 2 de la Convención.

Artículo 5.- Desaparición forzada como crimen contra la humanidad

Los delitos de lesa humanidad se encuentran previstos y penados en el artículo 607 bis del Código Penal.

1. *"Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. (...)*
2. *Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:*
(...)
6º 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.

La citada conducta es muy restrictiva y no incluye los siguientes elementos conforme a la Convención:

- a. El arresto, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad.
- b. Sujetos activos:
 - i. Agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado;
 - ii. Personas o grupo de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.
- c. La negativa a reconocer el ocultamiento de la suerte de la persona desaparecida.

Por lo tanto, España debe tipificar el delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad conforme a la definición del artículo 2 de la Convención.

Artículo 6.- Responsabilidad criminal

Conforme a la legislación española, la conspiración (artículo 17 del Código Penal), la proposición (artículo 17 del Código Penal) y la provocación (artículo 18 del Código Penal), sólo serán castigadas en los casos en que la Ley así lo prevea.

Además, conforme al artículo 20.7 del Código Penal, queda exento de responsabilidad criminal aquel que haya cometido el delito en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio.

Asimismo, el Código Penal no prevé la responsabilidad del superior que teniendo conocimiento o debiendo tener conocimiento de que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, no haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión del delito, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Por lo tanto, España debe modificar el Código Penal en el sentido de castigar la conspiración, la proposición y la provocación para cometer el delito de desaparición forzada, así como establecer la responsabilidad del superior en los términos de la Convención y eliminar la orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, como causa de justificación de un delito de desaparición forzada.

Artículo 8.- Prescripción del delito.

El Art. 134.1 del Código Penal, establece *“Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el art. 614, no prescribirán en ningún caso.”*

Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, sólo en el caso de que la desaparición forzada constituya un delito de lesa humanidad, éste será imprescriptible. De este modo, cuando los delitos de desaparición forzada no sean calificados como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, éste quedará sujeto al régimen de prescripción para los delitos ordinarios.

Consecuentemente, la prescripción del delito de desaparición forzada *per se*, no es lo suficientemente prolongada ni proporcional a la extrema gravedad de este delito, vulnerando así el apartado a) del artículo 8 de la Convención.

Dentro del informe se establece la calificación del delito de desaparición forzada como un delito permanente. Esta afirmación supone que en los casos ocurridos durante la Guerra civil y la Dictadura española todavía a día de hoy siga activa la conducta ilícita.

Sin embargo, no existe una disposición expresa en el ordenamiento jurídico español donde se establezca el carácter permanente del delito de desaparición forzada. Es más, mediante la ya expresada sentencia nº 101/2012, el Tribunal Supremo manifestó lo siguiente:

“Califica los hechos como delito permanente de detención ilegal sin ofrecer razón del paradero de la víctima “en el marco de crímenes contra la humanidad” (...) Ubicado en ese contexto el auto de 16 de octubre extrae unas consecuencias que sólo podría realizar desde una efectiva y clara subsunción en el delito contra la humanidad.”

Además, continúa la sentencia diciendo que *“No es razonable argumentar que a un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. De hecho no se ha puesto de manifiesto ningún*

caso que avale esa posibilidad. Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código Penal.”

El Estado español, y su Tribunal Supremo en particular, no siendo conscientes de la naturaleza de este delito, así como del objeto y fin de la Convención, niegan totalmente el carácter continuo/permanente del delito de desaparición forzada.

Se deniega por tanto el derecho a un recurso efectivo durante el plazo de prescripción.

Por lo tanto, España debe reconocer expresamente el carácter permanente y continuo del delito de desaparición forzada hasta tanto no cese tal desaparición o se acredite una investigación penal efectiva e independiente y debe establecer su imprescriptibilidad al igual que para los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad.

Artículos 9 y 11.- Jurisdicción

El artículo 23 de la LOPJ establece el principio de territorialidad, personalidad activa y de jurisdicción universal al otorgar jurisdicción penal a los Tribunales españoles.

En cuanto a los delitos de desaparición forzada cometidos en el extranjero por nacionales o extranjeros, los Tribunales españoles tendrán jurisdicción si los 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.”***

Teniendo en cuenta la gravedad del delito de desaparición forzada, España, al aplicar el principio de jurisdicción universal (artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no debería exigir la presencia del presunto responsable en territorio español, siendo ello contrario a su deber de garantía de promoción y respeto de los derechos humanos. Debería poder iniciar una investigación sobre hechos que pudieran constituir un delito de desaparición forzada en aras de proporcionar la protección integral que pretende la Convención.

Por lo tanto, España conforme al artículo 11 de la Convención, debe reformar el artículo 24.3 de la LOPJ en el sentido de establecer expresamente la jurisdicción

universal de los Tribunales españoles para el caso de los delitos de desaparición forzada de personas, en los términos expuestos, y, en todo caso, la obligación de juzgar cuando no otorgue la extradición del sujeto que hubiere delinquido en el extranjero y se hallare en España.

Artículo 10.- Detención del presunto responsable

Derivado de la obligación de establecer la jurisdicción de los tribunales nacionales, el artículo 10 de la Convención obliga a la detención y la adopción de medidas cautelares para aquellos presuntos responsables de un delito de desaparición forzada que se encuentren en el territorio de un Estado parte, independientemente de si existe conexión o no con tal Estado.

Debería preverse que el Estado español, con independencia de a quien corresponda la competencia sobre el caso, estará obligado a adoptar las medidas preventivas o paliativas que hagan cesar los efectos de la desaparición, garanticen la investigación posterior y aseguren los elementos de comisión del delito. Asimismo, España debería incluir en su legislación, la obligación de informar sobre el inicio de tales investigaciones al Estado en cuyo territorio se hubiere cometido presuntamente el delito y al Estado del que sea nacional el presunto autor y las víctimas.

Artículo 12.- Obligación de investigar y medidas de protección

A pesar de la obligación del Estado español de garantizar el derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes y de realizar una investigación exhaustiva e imparcial en caso de que existan indicios suficientes acerca de la comisión de un delito de desaparición forzada, la realidad ocurrida en España ha sido completamente diferente.

Como consecuencia de la investigación iniciada por el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional a raíz de la denuncia de las presuntas desapariciones forzadas ocurridas durante la guerra civil y el periodo franquista, el Juez instructor fue acusado y juzgado por un delito de prevaricación. A pesar de que el citado Juez fue absuelto, **el Tribunal Supremo confirmó la imposibilidad de investigar tales hechos, entre otros motivos, por la falta de reconocimiento de la permanencia del delito y el reconocimiento de las leyes de amnistía.** Hechos, que el

propio Tribunal Supremo estima “que en la cultural actual, informada sobre la vigencia y expresión de los derechos humanos, serían propios de delitos contra la humanidad.⁷”

Además, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no incluye medidas cautelares concretas que aseguren la protección efectiva del denunciante, los testigos, los familiares de la persona desaparecida y su abogado, así como las personas que participan en la investigación.

Por lo tanto, España debe permitir expresamente en su legislación la investigación exhaustiva e imparcial de los hechos que puedan constituir desaparición forzada hasta que se clarifique la suerte de las personas desaparecidas, independientemente cuando se hayan producido.

Además, debe establecer las medidas cautelares necesarias de protección de las personas y la imparcialidad de la investigación.

Por lo que respecta a la Ley 46/1977 de Amnistía, la misma sentencia declara que “[u]na ley de amnistía, que excluye a la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho. Ahora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto [internacional de derechos civiles y políticos] y el Convenio [europeo de derechos humanos], (...)

En este sentido, comprobamos como, desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 de 26 de diciembre de 1984 del Consejo de Europa; observación general 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 periodo de sesiones, observancia final n° 5 sobre España). Se trata de recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento, pero, no obstante, en lo que aquí interesa, nos servirá para poner de manifiesto la cultura jurídica imperante en esta materia y la razonabilidad de opiniones contrarias interpretando nuestro ordenamiento.”

⁷ Véase, Sentencia del Tribunal Supremo N° 101/2012, prevaricación judicial, los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e injusticia, pág. 23

El Estado español mantiene y reafirma Ley 46/1977 de Amnistía de 15 de octubre. Hasta la fecha se han presentado dos proposiciones de ley de modificación de la citada ley de amnistía⁸. En sendas proposiciones se pretendió introducir un apartado por el que se excluyera su aplicación en casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la citada ley.

Por lo tanto, España debe excluir expresamente del ámbito de aplicación de las leyes de amnistía los delitos de desaparición forzada presuntamente cometidos durante la guerra civil y el periodo franquista.

Por otra parte, no existe legislación alguna dentro del ordenamiento jurídico español que establezca mecanismos para esclarecer hechos relacionados con la desaparición forzada de personas.

La única legislación referente a esta materia es la Ley de Memoria Histórica 52/2007 de 26 de diciembre. Esta ley prevé la elaboración de un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la colaboración institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones de las víctimas de delitos cometidos durante la guerra civil y la dictadura. Sin embargo, la concesión de la correspondiente licencia para proceder a las exhumaciones, depende de la voluntad política del partido gobernante en la administración local.

Por lo tanto, España debe modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de establecer las medidas necesarias para esclarecer la suerte de toda persona que pueda ser víctima de desaparición forzada.

El apartado 3 letra a) del artículo 12 establece la obligación de los estados de velar porque las autoridades judiciales "*dispongan de las facultades y recursos necesarios para llevar a cabo eficazmente la investigación, inclusive el acceso a la documentación y demás informaciones pertinentes para la misma*".

Sin perjuicio del incumplimiento por parte de las autoridades judiciales españolas de sus obligaciones emanadas del apartado anterior, el Estado español ha incumplido este

⁸ Véase Proposición de Ley de modificación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural de 13 de marzo de 2012 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B_064-01.PDF#page=1) y la Proposición de Ley de modificación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, de 27 de abril de 2010 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_246-01.PDF).

apartado al no hacer públicos y accesibles todos los archivos relativos al régimen franquista, imprescindibles para la investigación de las desapariciones forzadas de las que hemos hablado en el apartado anterior.

De igual manera, España no ha cumplido con la obligación emanada del artículo 12.4 de la Convención, en virtud del cual los Estados parte deben de tomar ***“las medidas necesarias para prevenir y sancionar lo actos que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones”***.

Por lo tanto, España debe tipificar como delito en el Código Penal toda conducta que obstaculice el desarrollo de las investigaciones de hechos que puedan constituir un delito de desaparición forzada.

Artículo 13.- Extradición

El delito de desaparición forzada, no se encuentra expresamente excluido de la definición de delito político en la Ley 4/1985 de 21 de marzo de extradición pasiva (Ley de Extradición).

Por lo tanto, España debe establecer expresamente en su legislación que el delito de desaparición forzada no será considerado como delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos y que en todo caso será susceptible de extradición.

Además, deberá disponer que la Convención sobre Desapariciones Forzadas sea la base jurídica necesaria para la extradición en lo relativo al delito de desaparición forzada.

Igualmente, la Ley de Extradición establece diversos obstáculos para la concesión de la extradición solicitada en relación a un delito de desaparición forzada.

Conforme al artículo 3.1 de la citada Ley, *“[n]o se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el ordenamiento nacional.”*

Además, en el apartado 2 del artículo 3 se establece que, en caso de denegación por las causas anteriores, será necesario que el Estado donde se cometieron los hechos solicite expresamente que se dé cuenta del hecho que motivó la demanda del

Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado.

Sin embargo, si el delito se hubiere cometido fuera del territorio del país que solicite la extradición, ésta podrá ser denegada si la legislación española no autorizare la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de España (artículo 3.3 LEXtr), lo cual, ante la falta de tipificación del delito de desaparición forzada y la no cualificación del mismo como delito permanente/continuo, puede obstaculizar tanto la extradición de la persona reclamada como la investigación y posterior enjuiciamiento de tales hechos.

Además, el artículo 6, permite posibilidad de que, en caso de que la extradición haya sido declarada procedente por un Tribunal, el Gobierno deniegue la extradición en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España. Ello constituye una injerencia en la independencia del poder judicial, que puede estar motivada por motivos políticos.

En cuanto a las garantías suficientes de salvaguarda de los derechos humanos, la Ley de Extradición no contempla su denegación en caso de que se pudiera aplicar la pena de muerte, no se garantice el derecho del reclamado a un juicio justo o a que pueda sufrir tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Por lo tanto, España debe eliminar en su legislación todos los obstáculos que imposibiliten la extradición por delito de desaparición forzada y añadir las salvaguardas suficientes de los derechos humanos.

Asimismo, el Estado español no se ha pronunciado sobre los tratados de extradición suscritos con otros Estados. No se ha pronunciado sobre aquellos que incluyen el delito de desaparición forzada como susceptible de extradición y en la lista de los delitos que no se considerarán prohibidos, así como de los posibles obstáculos para su aplicación.

Por lo tanto, España debe informar al Comité sobre tales extremos.

Artículo 14.- Cooperación judicial

Nos preocupan seriamente los obstáculos que está poniendo España en este sentido ante el procedimiento iniciado en Argentina para la investigación de los crímenes del franquismo.

El 8 de mayo de 2013, la juez que instruye el citado procedimiento, procedió a suspender las declaraciones que estaban previstas para esa fecha en el Consulado de Argentina en España. Ello fue debido a que, ese mismo día, ante el conocimiento del gobierno español de que iban a tener lugar tales declaraciones, el mismo, a través del Embajador de España en Argentina, insto a que se corrigiera el procedimiento y se solicitara a través de una comisión rogatoria conforme al Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre España y Argentina.

Solicitamos por tanto al Comité que solicite a España información acerca de la cooperación judicial que le está prestando a los tribunales argentinos en el citado proceso.

Se advierte una vez más, que la competencia temporal del Comité no excluye la obligación de que España tome todas las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones derivadas del presente artículo.

Artículo 15.- Asistencia a las víctimas de desaparición forzada

En el apartado de la cooperación jurídica entre Estados, el ordenamiento jurídico español ofrece una escasa legislación. Encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) los artículos 276, 277 y 278.

En estos artículos se establece que España actuará según lo dispuesto en los tratados internacionales en los que ésta forma parte.

Nuevamente, el Estado español resulta muy pobre en su desarrollo legislativo, remitiéndose a lo establecido en los tratados internacionales. En un principio lo establecido en estos tratados es suficiente para la salvaguarda de los derechos humanos. El problema surge con la implementación de estos tratados en el ordenamiento jurídico.

Como tratamos anteriormente, a pesar de que el Estado español es parte de la Convención, el mismo no ha reconocido su aplicación directa. La Constitución Española no otorga ningún rango específico a los tratados internacionales en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico y es así como el gobierno trata de eludir sus responsabilidades, ninguneando de manera manifiesta sus obligaciones de cumplimiento.

Finalmente, es evidente que la no implementación efectiva de la Convención al ordenamiento de un país, hace muy difícil su cumplimiento y por consecuente, la defensa de los derechos de las personas es someramente ineficaz.

Artículo 16.- Principio de non-refoulement (no devolución) y salvaguarda de los derechos humanos

- **Ley de extradición**

El artículo 4.6 de la Ley de Extradición, prohíbe la extradición *"[c]uando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a **penas** que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes."* Sin embargo, no extiende tal protección a la posibilidad de que la persona reclamada pueda sufrir desaparición forzada o un perjuicio grave para la vida y la integridad de la persona.

Por lo tanto, España debe modificar la Ley de extradición en el sentido de disponer su prohibición que la persona reclamada pueda sufrir desaparición forzada o un perjuicio grave para la vida y la integridad de la persona.

- **Ley de extranjería**

Si bien la Ley de extranjería establece la prohibición de la expulsión cuando la misma conculque el principio de no devolución, tal prohibición no se aplica en caso de cometer la infracción consistente en participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Por lo tanto, España debe modificar la Ley de extranjería en el sentido de establecer que no se procederá a la expulsión, en todo caso, cuando mediante la misma se conculque el principio de no devolución, inclusive cuando pudiera ser víctima de una desaparición forzada u otros perjuicios graves para la vida y la integridad de la persona.

Además, deberá de aportar al Comité la información referente al sistema que se utiliza para determinar la violación del principio de no devolución.

Artículos 17 y 20.- Detención secreta

A pesar de que existe la figura en el código penal español de la detención ilegal, existen varios aspectos preocupantes tanto en la legislación como en práctica.

Conforme al artículo 496 de la LECrim, la entrega ante el juez debe realizarse dentro de las 24 horas desde la detención del individuo, sin embargo, su artículo 520 dispone que *"en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas"*. Además, el mismo artículo 496 establece que *"si se demorare la entrega, el particular, autoridad o agente de policía judicial incurrirá en la responsabilidad penal correspondiente si la dilación hubiere excedido de 24 horas"*. Sin embargo, el momento en que el detenido pasa a disposición judicial, suele depender de la organización de las conducciones de detenidos desde las dependencias policiales hasta el Juzgado de guardia.

Además, conforme al artículo 509, *"el Juez de Instrucción o Tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas..."*. Uno de los aspectos preocupantes es el hecho de que en caso de acordarse la detención incomunicada, la misma no puede notificarse a sus familiares. Además, los detenidos no pueden recibir o enviar correspondencia, recibir visitas o designar un abogado de su confianza. El Comité de Derechos Humanos ha expresado de manera clara que la detención en régimen de incomunicación que impida la comparecencia sin demora ante un juez vulnera inherentemente el párrafo 3⁹. Asimismo, ha establecido que en función de su duración y de otros hechos, la incomunicación puede violar también otros derechos consagrados en el Pacto, como los amparados por los artículos 6, 7, 10 y 14¹⁰. El Comité

⁹ 1297/2004, *Medjnoune v. Algeria*, para. 8.7.

¹⁰ 1781/2008, *Berzig [Djebrouni] v. Algeria*, paras. 8.4, 8.5, 8.8; 176/1984, *Lafuente Peñarrieta v. Bolivia*, para. 16.

ha declarado también que los Estados partes deben permitir el acceso inmediato a un abogado de los detenidos en casos penales, desde el inicio de su detención¹¹.

Esta regulación, tanto de los plazos para poner al detenido a disposición judicial como de los requisitos para acordar la incomunicación, resulta vaga y poco exhaustiva. Ello puede propiciar actos que pudieran ser constitutivos de desaparición forzada. En todo caso, el Estado Español debe limitar rigurosamente estos aspectos y mantener un control estricto sobre ellos.

Resulta igualmente preocupante que el artículo 520 de la LECrim no establezca ningún plazo dentro del cual se deba comunicar la detención tanto a la persona como al abogado de su elección.

Asimismo, el derecho a interponer un recurso *habeas corpus* no se encuentra dentro de la lista del artículo 520 de la LECrim de los derechos de los que se debe ser informado el detenido, lo cual se encuentra en clara violación de la Convención. En cuanto a la posibilidad de interponer este recurso, es práctica común inadmitir el recurso *habeas corpus* en vez de realizarse el juicio de fondo previa comparecencia y audiencia de las partes. Como ha manifestado el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 35, "[l]as leyes que excluyen a una categoría particular de personas detenidas de la revisión prevista en el párrafo 4 infringen el Pacto¹². Las prácticas que hacen que esa revisión no esté efectivamente disponible para una persona, incluida la detención en régimen de incomunicación, también equivalen a una violación¹³".

Por lo tanto, España debe adoptar medidas legislativas en el sentido de suprimir definitivamente el régimen de incomunicación, y que se reconozca a todos los detenidos el derecho a la libre elección de un abogado que puede estar presente en los interrogatorios.

España debe igualmente establecer de manera exhaustiva los plazos para poner al detenido a disposición judicial y las causas expresas para poder demorarse en un tiempo mayor al plazo mínimo, y en todo caso determinar que el detenido será

¹¹ Concluding observations Algeria 1998, para. [369]; Kuwait 2000, para. [472]; Togo 2011, para. 19.

¹² R.1/4, *Torres Ramírez v. Uruguay*, para. 18; 1449/2006, *Umarov v. Uzbekistan*, para. 8.6.

¹³ R.1/5, *Hernández Valentini de Bazzano v. Uruguay*, para. 10; 1751/2008, *Aboussedra v. Libyan Arab Jamahiriya*, para. 7.6; 1062/2002, *Fjalkowska v. Poland*, para. 8.4 (state's failures frustrated the ability of a patient to challenge involuntary committal).

puesto a disposición judicial inmediatamente una vez concluidas las investigaciones policiales.

Además, debería de modificar el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de incluir en la lista de derechos del detenido la interposición del recurso *habeas corpus*.

Artículos 18, 19 y 21.- Registros y acceso a la información

No existe en la legislación española ninguna norma con rango de Ley que determine el contenido de los registros y la posibilidad de que toda persona con interés legítimo tenga acceso a tal información más allá de su abogado.

De acuerdo con el artículo 8.2 del Reglamento Penitenciario, es necesario un poder especial y bastante, otorgado por la persona presa, en el que conste expresamente el consentimiento para que su representante pueda tener acceso a sus datos personales. Pero no contempla la posibilidad de acceso de otras personas legítimas en casos de supuestas desapariciones forzadas.

Por lo tanto, España debe modificar su legislación en el sentido de establecer con rango de Ley la conformación y mantenimiento de un registro conforme al artículo 18.

Además, debe establecer el procedimiento para la búsqueda de personas desaparecidas incluyendo que las informaciones personales, inclusive los datos médicos o genéticos, que se recaben y/o transmitan en el marco de la búsqueda de una persona desaparecida no pueden ser utilizadas o reveladas con fines distintos a dicha búsqueda. Ello sin perjuicio de la utilización de esas informaciones en procedimientos penales relativos a un delito de desaparición forzada, o en ejercicio del derecho a obtener reparación.

Por lo tanto, debe exigirse al Estado español, la obligación de elaborar un censo o registro de los desaparecidos.

Artículo 22.- Infracciones penales relativas a los registros

Reiterando la escasa inclusión de tipos delictivos suficiente para prevenir hechos que pudieran constituir un delito de desaparición forzada, lo cual constituye un incumplimiento flagrante de sus obligaciones contraídas bajo la Convención, el Estado español debe aprovechar la oportunidad de la reforma del Código Penal en curso para establecer como conductas típicas las siguientes prácticas:

- a) Las dilaciones o la obstrucción de la solicitud y del procedimiento *habeas corpus*.
- b) El incumplimiento de la obligación de registrar toda privación de libertad, así como el registro de información cuya inexactitud el agente encargado del registro oficial o los expedientes oficiales conocía o hubiera debido conocer;
- c) La negativa a proporcionar información sobre una privación de libertad o el suministro de información inexacta, cuando se cumplen las condiciones establecidas por la ley para proporcionar dicha información.

De esta manera, la existencia de Habeas corpus y normas sancionadoras es importante para el cumplimiento adecuado, pero no suponen una prevención propiamente dicha.

Artículo 23.-Formación

Nos llama la atención que el estado español solo haya hecho referencia a la formación que recibe el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil, el personal penitenciario y las Fuerzas Armadas Españolas cuando el artículo requiere que se forme tanto al personal militar o civil que se ocupe de la aplicación de la ley como al personal médico, funcionarios y "*otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad*".

Asimismo, consideramos que la formación que recibe actualmente el Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil no cumple con las exigencias que establece el presente artículo de la Convención. Esta dispone que su formación debe incluir "*la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones pertinentes de la presente Convención*" y únicamente se menciona el estudio de Convenios Internacionales en uno de los departamentos del Centro de Promoción de la División de Formación y Perfeccionamiento del Cuerpo Nacional de Policía. No obstante, tomamos nota del compromiso que ha asumido la Secretaría de Estado de Seguridad de enriquecer todos los módulos formativos con el estudio de los contenidos de la presente Convención.

En línea con las observaciones realizadas, España debe proporcionar más información sobre la formación que está recibiendo el personal médico, los funcionarios y las personas que se encargan de la custodia y tratamiento de las personas privadas de libertad. Asimismo es de especial relevancia que el Comité reafirme la importancia de que la Secretaria de Estado de Seguridad cumpla con su compromiso, y añada el estudio de la presente Convención a los módulos formativos.

Artículo 24.- Derecho a la reparación plena

En primer lugar, resulta oportuno y preocupante señalar, que no existe en la legislación española una definición de víctima.

En la actualidad, el Anteproyecto de Ley de Estatuto de la Víctima es una oportunidad para mejorar el tratamiento de las víctimas e incorporar sus derechos conforme al derecho internacional.

Por lo tanto, España debe establecer una definición de víctima de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Ésta debe incluir a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales. Todo ello independientemente de que el autor de la violación haya sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

Además, debe incluir una definición de víctima a los efectos de la Convención, estos es, toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

Se debería incluir igualmente la definición de víctima potencial, como aquella que peligre en su esfera de derechos por auxiliar, impedir o detener la violación de un derecho de una víctima, o la comisión de un delito.

Asimismo, el Estado español no ha adoptado ningún mecanismo que garantice el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada y la suerte de las personas desaparecidas presuntamente durante guerra civil y

el franquismo, cuyo derecho a la verdad dista mucho de haber sido reconocido. Así, todavía no se ha establecido una Comisión de la Verdad que investigue las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante ese periodo en España, inclusive desapariciones forzadas.

El estado español no ha adoptado las medidas necesarias para localizar a los desaparecidos durante esa época ni para conocer la verdad sobre las circunstancias de su desaparición y mucho menos ha satisfecho su derecho a la reparación, incumpliendo claramente sus obligaciones derivadas de la Convención. Prueba de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 2012 que niega con rotundidad el derecho de las víctimas de desapariciones forzadas a que se investiguen las circunstancias de las desapariciones forzadas ocurridas durante este periodo, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de las personas desaparecidas.

Por lo tanto, España debe tomar todas las medidas necesarias para que se establezca una Comisión de la Verdad que investigue las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la guerra civil y la dictadura franquista, inclusive las desapariciones forzadas ocurridas durante este periodo.

Además, respecto a la observancia de este artículo por parte del Estado español cabe destacar que ninguna de las disposiciones del CP se refiere específicamente al derecho de las víctimas a la readaptación, la satisfacción (incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación) y la garantía de no repetición. En vulneración de los derechos de las víctimas a la reparación y del artículo 24 de la Convención, el Estado español no ha tomado ninguna medida legislativa que garantice este derecho, ni en relación con víctimas de desaparición forzada ni con otras víctimas de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Por lo tanto, España debe establecer un marco jurídico que garantice los derechos de las víctimas de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario de conformidad con el derecho internacional.

La medidas legislativas deben de establecer expresamente medidas de reparación, de atención y de rehabilitación médica y psicológica por cualquier forma de daño físico o mental así como de rehabilitación legal y social, de restauración de la libertad personal, la vida familiar, la ciudadanía, el empleo o la propiedad, el regreso de la víctima a su lugar de residencia y otras formas semejantes de restitución, satisfacción y reparación que permitan suprimir las consecuencias de la desaparición forzada.

Artículo 25.- Desapariciones forzadas de niños

En tanto en cuanto el Código Penal español no castiga la desaparición forzada como un delito autónomo, tampoco cumple con las exigencias de la Convención en cuanto a los niños afectados por desaparición forzada.

Así, España debe tomar todas las medidas legislativas necesarias, e incluir en la reforma del Código Penal en curso los delitos consistentes en:

- a) 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;
- b) La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños.

Durante el franquismo, en torno a 30.000 niños fueron sustraídos de sus familias originarias por el solo hecho de ser republicana y entregados a otras familias adeptas al nuevo régimen político que se impuso tras el golpe militar del 18 de julio de 1936. La sentencia número 101/2012 del Tribunal Supremo niega rotundamente el acceso a la justicia para las víctimas de desapariciones forzadas iniciadas durante la época franquista por ser delitos prescritos y amnistiados y en cambio España afirma que se siguen tramitando casos judiciales en relación con la apropiación de niños ocurridas durante esa misma época.

Resulta imprescindible que España informe sobre las investigaciones llevadas a cabo que puedan constituir una desaparición forzada y el tratamiento dado en estos casos, especialmente en cuanto a la caracterización del delito como continuado, ya que se tiene conocimiento de que numerosas denuncias han sido archivadas.

Solicitamos al Comité que requiera España más información acerca de los procesos judiciales que están en trámite relacionados con desapariciones forzadas de niños.

Asimismo, España debe adoptar todas las medidas necesarias para tipificar como delitos las conductas descritas en el artículo 25 de la Convención y revisar el



Fundación Internacional
Baltasar Garzón

PRO DERECHOS HUMANOS Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL

procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños y, si procede, anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada.

VI. RECOMENDACIONES

Información adicional a presentar por España

- España está obligada a cumplir con la Convención en cuanto a las desapariciones forzadas que pudieron ocurrir en el pasado y, por lo tanto, debe aportar mayor información en este sentido. Deberá informar sobre todas las medidas tomadas conforme a la Convención, tanto en la legislación como en la práctica, referentes a todos los hechos que pudieran constituir un delito de desaparición forzada, incluidas las presuntas desapariciones de niños.
- Igualmente debe aportar toda la información relativa al proceso de consultas con la sociedad civil en la elaboración de su informe.
- Información acerca de la cooperación judicial que le está prestando a los tribunales argentinos en el citado proceso.
- Información sobre la formación que está recibiendo el personal médico, los funcionarios y las personas que se encargan de la custodia y tratamiento de las personas privadas de libertad. Siendo de especial importancia que el Comité reafirme la importancia de que la Secretaria de Estado de Seguridad cumpliera con su compromiso, y añadiera el estudio de la presente Convención a los módulos formativos.
- Información referente al sistema que se utiliza para determinar la violación del principio de no devolución.

Establecimiento de una Comisión de la Verdad

- España debe tomar todas las medidas necesarias para que se establezca una Comisión de la Verdad que investigue las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la guerra civil y la dictadura franquista, inclusive las desapariciones forzadas ocurridas durante este periodo.

Medidas legislativas

España debe aprobar una ley de implementación de la Convención en la que se garantice la máxima protección de las personas contra la desaparición forzada y adoptando todas las obligaciones en su virtud contraídas. Como mínimo, deberá de adoptar las siguientes modificaciones:

Constitución Española

- Incluir el derecho a no ser sometido a desaparición forzada como un derecho fundamental inderogable en caso de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra situación de emergencia pública.

Código Penal

- Tipificar como delito autónomo el delito de desaparición forzada conforme al a definición establecida en los artículos 2 y 3 de la Convención.
- Establecer expresamente el carácter permanente del delito de desaparición forzada así como su imprescriptibilidad, independientemente de que sea calificado o no como delito contra la humanidad.
- Tipificar como delito contra la humanidad la desaparición forzada, definida conforme a los artículos 2 y 3 de la Convención, cometida de manera generalizada o sistemática.
- Castigar la conspiración, la proposición y la provocación de tal conducta típica, así como establecer la responsabilidad del superior en los términos de la Convención.
- Tipificar como delito toda conducta que obstaculice el desarrollo de las investigaciones de hechos que puedan constituir desaparición forzada.
- Tipificar como delito:
 - a) 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;

b) La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso a) supra.

- Asimismo, debe tomar todas las medidas necesarias para revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños y, si procede, anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada.

Ley de Enjuiciamiento Criminal

- Eliminar el régimen de incomunicación y que se reconozca que los detenidos pueden consultar a un abogado de su elección.
- Establecer la posibilidad de iniciar una investigación preliminar o averiguación de los hechos cuando se tenga noticia de que un supuesto responsable de un delito de desaparición forzada va a estar en su territorio, y proceder a su detención cuando el mismo llegue a su territorio.
- Establecer la obligación de informar sobre el inicio de tales investigaciones al Estado en cuyo territorio se ha cometido presuntamente el delito y al Estado del que sea nacional el presunto autor y las víctimas.
- Permitir expresamente en su legislación la investigación exhaustiva e imparcial de los hechos que puedan constituir desaparición forzada hasta que se clarifique la suerte de las personas desaparecidas, independientemente cuando se hayan producido.
- Establecer las medidas cautelares necesarias de protección de las personas y la imparcialidad de la investigación.
- Establecer las medidas necesarias para esclarecer la suerte de toda persona que pueda ser víctima de desaparición forzada, estableciendo que las informaciones personales, inclusive los datos médicos o genéticos, que se recaben y/o transmitan en el marco de la búsqueda de una persona



desaparecida no pueden ser utilizadas o reveladas con fines distintos de dicha búsqueda. Ello sin perjuicio de la utilización de esas informaciones en procedimientos penales relativos a un delito de desaparición forzada, o en ejercicio del derecho a obtener reparación.

- Establecer de manera exhaustiva los plazos para poner al detenido a disposición judicial y las causas expresas para poder demorarse en un tiempo mayor al plazo mínimo, y en todo caso determinar que el detenido será puesto a disposición judicial inmediatamente una vez concluidas las investigaciones judiciales.
- Modificar los artículos 509 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de eliminar la incomunicación del detenido o preso e incluir en la lista de derechos del detenido la interposición del recurso *habeas corpus*.
- **Estatuto de la víctima**

Establecer una definición de víctima de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Ésta debe incluir a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales. Todo ello independientemente de que el autor de la violación haya sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

Incluir una definición de víctima a los efectos de la Convención, estos es, toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

Establecer un marco jurídico que garantice los derechos de las víctimas de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario de conformidad con el derecho internacional.

Ley Orgánica del Poder Judicial

- Eliminar la exigencia de la presencia del presunto responsable en territorio español en los casos de delitos de desaparición forzada cometidos en el extranjero.
- Reformar el artículo 24.3 de la LOPJ en el sentido de establecer expresamente la jurisdicción universal de los Tribunales españoles para los casos de desaparición forzada de personas y para el caso de no proceder a extraditar al presunto responsable de un delito de desaparición forzada, aunque no exista ningún tipo de conexión con España y la obligación de someter el caso a las autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal.

Leyes de Amnistía

- Excluir expresamente del ámbito de aplicación de las leyes de amnistía los delitos de desaparición forzada presuntamente cometidos durante la guerra civil y el periodo franquista.

Legislación sobre Extradición

- Establecer expresamente en su legislación que el delito de desaparición forzada no será considerado como delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos y que en todo caso será susceptible de extradición.
- Establecer que la Convención sobre Desapariciones Forzadas será la base jurídica necesaria para la extradición en lo relativo al delito de desaparición forzada.
- Eliminar en su legislación todos los obstáculos que imposibiliten la extradición por delito de desaparición forzada y añadir las salvaguardas suficientes de los derechos humanos.
- Prohibir la extradición en caso de que la persona reclamada pueda sufrir desaparición forzada o un perjuicio grave para la vida y la integridad de la persona.

Ley de Extranjería

- Establecer que no se procederá a la expulsión, en todo caso, cuando mediante la misma se conculque el principio de no devolución, inclusive cuando pudiera ser víctima de una desaparición forzada u otros perjuicios graves para la vida y la integridad de la persona.

Ley Orgánica General Penitenciaria

- Establecer la conformación y mantenimiento de un registro conforme al artículo 18.

Otros

- Elaboración de un censo de víctimas de la represión franquista y un registro nacional de las mismas, que esté accesible en forma ágil y en forma gratuita a las víctimas y cualquier otra persona u organización que quieran consultarlo.