



INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA

1. Antecedentes. 2. Justificación del Anteproyecto. 3. Estructura y contenido. 4. Consideraciones previas. 5. El Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. 5.1 En relación a la condición de víctima (Título I). 5.2 En relación al derecho de las víctimas a la verdad (Capítulo I Título II). 5.3 En relación con el derecho de las víctimas a la justicia (Capítulo II Título II). 5.4 En relación con el régimen sancionador (Título IV). 5.5 Disposición final primera. Modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*. 5.6. Disposición final segunda. Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción voluntaria*. 6. Conclusiones.

1. Antecedentes

En fecha 12 de febrero de 2021 tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado la comunicación del Sr. Secretario de Estado de Justicia remitiendo el texto del Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, solicitando informe del Consejo Fiscal en el plazo improrrogable de treinta días. El Anteproyecto de Ley se acompaña de la correspondiente Memoria de Análisis de Impacto Normativo.

El oficio justifica su remisión en el cumplimiento de lo previsto en el art. 14.4 j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante EOMF).

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 14.4 j) EOMF, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene por misión 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, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los



tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social (art. 124 CE y art. 1 EOMF). Para el cumplimiento de esta función, corresponde al Ministerio Fiscal, entre otras, las funciones recogidas en el art. 3 del EOMF.

La remisión genérica que el art. 14.4 j) EOMF hace a las funciones del Ministerio fiscal en su conjunto permite actuar la competencia consultiva del Consejo Fiscal en relación a cualquier iniciativa legislativa o propuesta de desarrollo reglamentario que materialmente alcance o afecte el ejercicio de uno o varios de las funciones enumeradas en el art. 3 EOMF.

Además, la función consultiva de este órgano viene siendo interpretada en términos amplios, habiéndose expresado en otras ocasiones el Consejo Fiscal en el sentido de entender que, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, han de ser expresadas sus consideraciones sobre aspectos que afecten a derechos y libertades fundamentales, así como en relación a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, y todo ello con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales en los que el Ministerio Fiscal ejercita las funciones que legalmente tiene encomendadas.

La nueva Ley aparece guiada por el objetivo de «fomentar un discurso común basado en la defensa de la paz, el pluralismo y la condena de toda forma de totalitarismo político que ponga en riesgo el efectivo disfrute de los derechos y libertades inherentes a la dignidad humana», como indica su Exposición de Motivos, y proporcionar una reparación integral de las víctimas mediante el desarrollo de «las políticas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que han sido objeto de las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos al Estado».



En el marco del derecho a la justicia de las víctimas, el Anteproyecto promueve la intervención activa del fiscal en los procedimientos en materia de memoria democrática y derechos humanos y prevé la creación de una *Fiscalía de Sala* para la investigación de los hechos que constituyan violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, a la que atribuye funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre la materia para lograr su debida identificación y localización, de modo que el texto propuesto afecta directamente a la organización, estructura y funciones del Ministerio Fiscal.

En este sentido, el Anteproyecto sometido a informe incide en las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal de velar por el respeto a las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3.3. EOMF); ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (art. 3.4 EOMF); intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos (art. 3.5 EOMF); tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (art. 3.6 EOMF); intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación (art. 3.7 EOMF); y velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas (art. 3.10 EOMF).



Es por ello que la emisión del presente informe se enmarca en las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el Anteproyecto en aquellos aspectos vinculados a la actuación y funciones del Ministerio Fiscal y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

2. Justificación del Anteproyecto

El Anteproyecto objeto de informe nace con el propósito de impulsar políticas públicas de memoria democrática con un doble objetivo, según se indica en la Exposición de Motivos:

Por un lado, pretende fomentar el conocimiento de las etapas democráticas de nuestra historia y de todas aquellas figuras individuales y movimientos colectivos que fueron construyendo los nexos de cultura democrática que permitieron llegar a los acuerdos de la Constitución de 1978, y al actual Estado Social y Democrático de Derecho para defender los derechos de los españoles, sus nacionalidades y regiones.

Por otro lado, esta Ley persigue preservar y mantener la memoria de las víctimas de la Guerra y la dictadura franquista, a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas, el establecimiento de la justicia y fomento de la reparación y el establecimiento de un deber de memoria de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o totalitarismo.

El Anteproyecto persigue, pues, establecer el marco legislativo estatal que permita la implementación de medidas de rehabilitación de la memoria de las víctimas y de reparación de los daños causados, fomentar la convivencia pacífica y el continuo desarrollo de nuestra democracia y superar las



deficiencias existentes en las políticas de memoria democrática hasta ahora instauradas, en respuesta a las demandas del movimiento memorialista y de la sociedad civil y en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España.

Como señala la Exposición de Motivos, con la llegada de la democracia España se sumó a todos los tratados internacionales de Derechos Humanos, reconociendo a sus diferentes órganos; antes de la aprobación de la propia Constitución, el 30 de abril de 1977, se ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, incorporando los mecanismos y garantías para su protección; el 19 de octubre de 1987 se ratificó la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; así como la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el 14 de julio de 2009.

De suma relevancia fue la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del 17 de marzo de 2006, en la que se condenaban «las graves violaciones de los Derechos Humanos cometidas en España por el régimen franquista», y que constituye el impulso definitivo para la adopción de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil o la dictadura*, conocida como Ley de Memoria Histórica.

Numerosas comunidades autónomas han aprobado leyes de memoria histórica y democrática o bien han desarrollado actuaciones de memoria «para atender a las necesidades y culturas memoriales específicas de cada comunidad autónoma».



Tras la aprobación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, la perspectiva internacional de los derechos humanos en relación con las víctimas y las graves violaciones de derechos humanos cometidos durante la guerra y la dictadura franquista cobran gran relevancia, destacando los informes de 2014 del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias y del Relator Especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, Pablo de Greiff.

En sus observaciones y recomendaciones a España coinciden en señalar la necesidad de asumir las obligaciones internacionales mediante un claro liderazgo y compromiso en la búsqueda de personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura como obligación de una política de Estado integral, coherente, permanente, cooperativa y colaborativa.

Ante el desarrollo del Derecho internacional de derechos humanos, el fortalecimiento de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y las recomendaciones de organismos internacionales, el texto trata de «garantizar el derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, así como las oportunas formas de reconocimiento y reparación, todo ello para profundizar en el objetivo original de fomentar la convivencia pacífica y el continuo desarrollo de nuestra democracia», y en este sentido, la iniciativa se valora positivamente.

3. Estructura y contenido

El Anteproyecto de Ley consta de sesenta y seis artículos distribuidos en cinco Títulos, once disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales.



El Título preliminar, que contiene disposiciones generales, determina junto con el objeto y finalidad de la Ley, los principios y valores democráticos en los que asienta la misma que, según indica la Exposición de Motivos, busca fomentar, promover y garantizar el conocimiento de la larga historia por las libertades y democracia en España.

El Título I, sobre *las víctimas*, define el concepto de víctima a efectos de esta ley, incluyendo a todas las víctimas de acciones u omisiones que constituyan violación de los derechos humanos durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la guerra y la dictadura, hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, así como sus familiares. Se establece asimismo que las víctimas lo serán igualmente a los efectos de la aplicación del Estatuto de la víctima del delito aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*.

Se declara el carácter radicalmente nulo de todas las condenas y sanciones producidas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa o de orientación e identidad sexual durante la guerra y la dictadura y el reconocimiento del derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en el Título y con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia.

El Título II, sobre las *políticas públicas integrales de memoria democrática*, que consta de cuatro capítulos, coloca a la Administración General del Estado en la posición de garante de los derechos a la verdad, a la justicia y a una reparación integral de las víctimas, obligada al desarrollo de las medidas de restitución, rehabilitación y satisfacción orientadas al restablecimiento de los derechos de las víctimas tanto en su dimensión individual como colectiva, así como al desarrollo de medidas destinadas a evitar que las violaciones de derechos



humanos que se produjeron durante el golpe de estado, la guerra y al dictadura vuelvan a repetirse. Incluye la perspectiva de género con carácter transversal a toda la Ley, haciendo especial reconocimiento del papel activo de las mujeres en la vida intelectual y política, en la promoción, avance y defensa de los valores democráticos y los derechos fundamentales.

El Capítulo I de este Título, sobre el *derecho de las víctimas a la verdad*, se compone de dos secciones. La Sección 1ª, sobre *localización e identificación de personas desaparecidas*, establece de manera expresa, siguiendo las recomendaciones de distintos organismos internacionales en materia de derechos humanos, que la búsqueda de las personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura corresponde a la Administración General del Estado, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad, estableciendo la colaboración entre las mismas. Prevé la confección de un mapa integrado de localización de personas desaparecidas que comprenda todo el territorio español, el régimen de autorizaciones administrativas, un procedimiento para la localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas que será objeto de desarrollo en los protocolos correspondientes y la creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura.

La Sección 2ª, sobre los *archivos y documentos de archivo y otros recursos de información para la recuperación de la memoria democrática*, regula el acceso a los fondos y archivos públicos y privados y la creación de un censo de fondos documentales para la memoria democrática, establece normas para la adquisición, protección y difusión de los documentos de archivo y otros documentos con información sobre la guerra y la dictadura, y el régimen jurídico del Centro Documental de la Memoria Histórica de Salamanca, que tendrá la consideración de lugar de Memoria Democrática.



El Capítulo III, *de la justicia*, prevé la creación de la *Fiscalía de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos* para la investigación de los hechos que constituyen violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, con funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencia sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización. Se garantiza el derecho a la investigación de las violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional Humanitario ocurridas con ocasión de la guerra y la dictadura y la tutela judicial mediante el procedimiento encaminado a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y circunstancias de hechos pasados relacionados con las víctimas, mediante la modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, en la Disposición final segunda.

El Capítulo III, sobre *la reparación*, incorpora actuaciones específicas en relación a los bienes expoliados durante la guerra y la dictadura y se recoge el reconocimiento y reparación de las víctimas que realizaron trabajos forzados en ese periodo.

El Capítulo IV, relativo al *deber de Memoria Democrática* como garantía de no repetición, se divide en cuatro secciones. La Sección 1ª contiene medidas relacionadas con los símbolos y actos públicos contrarios a la memoria democrática. La Sección 2ª se ocupa de la revocación de distinciones, nombramientos, títulos y honores institucionales, de condecoraciones y recompensas o supresión de títulos nobiliarios que hayan sido concedidos o supongan exaltación de la guerra y la dictadura. La Sección 3ª recoge acciones y medidas de fomento de los valores democráticos y de convivencia, relacionadas con los diferentes ámbitos educativos y de formación del profesorado, la investigación, la elaboración de planes de formación en relación



a la memoria democrática para los empleados del Estado y programas de divulgación y sensibilización tendentes a restablecer la dignidad de las víctimas. La Sección 4ª regula los lugares de la memoria democrática, que tendrán una función conmemorativa y didáctica, el procedimiento para su declaración como tales, el régimen de protección de los mismos y la creación de un inventario estatal como instrumento de publicidad y conocimiento.

El Título III, sobre el *movimiento memorialista*, reconoce la labor de las asociaciones, fundaciones y organizaciones que hayan destacado en la defensa de la memoria democrática y la dignidad de las víctimas de la guerra y la dictadura y crea el Consejo de la Memoria Democrática como órgano colegiado consultivo y de participación de las entidades memorialistas españolas.

El Título IV aborda el *régimen sancionador*, regulando las infracciones y sanciones y el procedimiento sancionador, en garantía del cumplimiento de lo establecido en la ley, castigando las acciones u omisiones que supongan incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley.

La Disposición adicional primera introduce la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la estricta observancia de las obligaciones recogidas en la ley.

La Disposición adicional segunda regula el procedimiento para el cumplimiento de lo dispuesto en la ley sobre exhumación y traslado de los restos mortales que yacen en el Valle de los Caídos.

La Disposición adicional tercera regula la retirada de recompensas prevista en la Ley 5/1964, de 29 de abril, *sobre Condecoraciones Policiales*, y de la Ley



19/1976, de 29 de mayo, *sobre creación de la Orden del Mérito del cuerpo de la Guardia Civil.*

La Disposición adicional cuarta establece un mandato al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para facilitar el acceso a la consulta de los libros de actas de defunciones de los Registros Civiles.

La Disposición adicional quinta regula como causa de extinción de fundaciones, la apología del franquismo y la incitación directa o indirecta al odio o a la violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por ser contrario al interés general.

La Disposición adicional sexta establece, a efectos de la revocación de la declaración de utilidad pública por no responder a la promoción de fines de interés general, aquellas asociaciones que persigan o realicen actividades que constituyan apología del franquismo o la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo.

La Disposición adicional séptima introduce la previsión, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley, de la modificación de la L.O. 1/2002, de 22 de marzo, *reguladora del derecho de asociación*, para incluir como causa de disolución la realización pública de apología del franquismo y la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas el golpe de Estado, de la guerra o del franquismo por su condición de tales.

La Disposición adicional octava introduce una regla sobre la adquisición de la nacionalidad española para los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela que hubieran perdido la nacionalidad española a consecuencia del exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia, entre otros supuestos.



La Disposición adicional novena prevé la restitución de bienes incautados en el extranjero por el Estado español.

La Disposición adicional décima aborda la protección de datos de carácter personal y las normas reguladoras de los tratamientos de datos personales contenidos en la ley.

La Disposición adicional undécima establece un mandato al Gobierno para promover la investigación y estudios de la pandemia de poliovirus que tuvo lugar en España en los años 50 y adoptar medidas de carácter sanitario y social a favor de las personas afectadas por la polio, efectos tardíos de la polio y pospolio.

La Disposición transitoria única versa sobre el régimen transitorio del patronato de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.

La Disposición derogatoria única deroga aquellas normas que se opongan a lo contenido en la ley, derogando expresamente la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

La Disposición final primera, modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.*

La Disposición final segunda modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria.*

La Disposición final tercera aborda el título competencial.

La Disposición final cuarta prevé la habilitación al Gobierno para dictar normas de desarrollo.



La Disposición final quinta se refiere al acceso a la información pública de los archivos de la Administración General del Estado.

La Disposición final sexta versa sobre la constitución de la Comisión de trabajo sobre la Memoria y la Reconciliación con el Pueblo Gitano en España.

La Disposición final séptima es la relativa a la preservación y custodia de los archivos de las Presidencias de los Gobiernos constitucionales.

La Disposición final octava modifica la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de *Fundaciones*.

La Disposición final novena contiene la entrada en vigor de la norma.

El presente informe se circunscribe a aquellos apartados de la ley que resultan directamente vinculados con la actividad del Ministerio Fiscal y afectan a su estructura, organización y funciones, esto es, fundamentalmente los Capítulos I y II del Título II, que tienen por objeto el derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas, y las disposiciones finales primera y segunda. El resto del articulado que no se menciona expresamente no es objeto de comentario por exceder su contenido de las previsiones del art. 14.4 j) EOMF.

4. Consideraciones previas

El deber de velar por la integridad de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales que concierne al Ministerio Fiscal aconseja situar el análisis de la presente propuesta en el contexto de los derechos de las víctimas y su contrapartida, el deber del Estado de procurar su satisfacción que en materia de violaciones graves del derecho internacional de los Derechos



Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se concretan en la cláusula «justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición».

Verdad, justicia y reparación conforman el cuerpo de derechos característicos de la llamada justicia transicional, es decir, aquellos derechos que todo Estado debería garantizar en el marco de un proceso de transición política a la democracia.

La conceptualización de los crímenes de la guerra y de la dictadura franquista como graves violaciones de derechos humanos aparece no solo en la Exposición de Motivos sino a lo largo del articulado del Anteproyecto, tanto en la definición del concepto de víctima a los efectos de la ley como en el reconocimiento y plasmación en el texto normativo de los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Parte del informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptado en París el 17 de marzo de 2006 que condenaba las violaciones de derechos humanos durante la guerra, la posguerra y la dictadura franquista. En este sentido la Exposición de Motivos señala que «[c]omo indica el referido informe del Consejo de Europa, en España se produjeron de manera sistemática desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, políticas de campos de concentración, trabajos forzados, torturas, violaciones e incluso secuestro masivo de recién nacidos bajo una política de inspiración “genética”».

Las legítimas expectativas de los familiares de las víctimas a saber la verdad de lo acontecido, conocer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, recuperar sus restos para darles un trato digno, han sido configuradas como derechos en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada el 20 de diciembre de 2006, ratificada por



España el 24 de septiembre de 2009 y en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, cuyo art. 24 reconoce convencionalmente la condición de víctima no solo a las personas cuyo paradero se desconoce, sino también a quienes sufren un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición, entre quienes se incluyen los familiares.

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas forma parte del ordenamiento jurídico interno, una vez ratificado y publicado el 18 de febrero de 2011 en el BOE, en virtud de lo previsto en el art. 96.1 CE.

Los informes y observaciones evacuados por el comité contra la desaparición forzada, por el Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias y el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición plantean la falta de cumplimiento efectivo por el Estado español de las obligaciones que el Derecho internacional establece para proteger a las víctimas.

En este sentido se valora positivamente el avance que supone el Anteproyecto en cuanto al reconocimiento de los derechos de las víctimas de la guerra y la dictadura franquista y la implantación de políticas públicas para su reparación integral, actuaciones que se analizan seguidamente desde el punto de vista de la colaboración institucional y las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal.

En nuestro Derecho constitucional y procesal penal el descubrimiento de la verdad, el acceso a la justicia y la reparación del daño ocasionado son contenidos propios del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 CE, de modo que rige plenamente respecto a los mismos la obligación del Ministerio Fiscal de velar por su protección y el efectivo disfrute por las víctimas titulares del citado derecho.



5. El Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática

5.1 En relación a la condición de víctima (Título I)

El art. 3.1 del Anteproyecto, sobre las *víctimas*, contiene una definición de víctima a los efectos de la Ley, en línea con la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, incluyendo en tal concepto «a toda persona, con independencia de su nacionalidad, que haya sufrido, individual o colectivamente, daño físico, moral o psicológico, daños patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan violación de los derechos humanos durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la posterior Guerra y la Dictadura, incluyendo el transcurrido hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978», definición que se completa con un listado de supuestos de víctimas en particular.

El apartado cuarto atribuye también la consideración de víctima a los efectos de la ley a los familiares de las recogidas en el apartado primero, «entendiéndose por tales a la persona que haya sido cónyuge de la víctima o persona ligada por análoga relación de afectividad, sus descendientes, sus ascendientes y sus colaterales hasta el cuarto grado», así como a «las personas que hayan sufrido daños o represalias al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización».

El apartado 5 del art. 3 establece que las víctimas lo serán igualmente a los efectos de aplicación del Estatuto de la víctima del delito aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima del Delito*, previsión que merece una valoración positiva, habida cuenta que el Estatuto, por medio del que se transpuso al ordenamiento interno la Directiva 2012/29/UE del



Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, comprende un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo en aras de la salvaguarda integral de la víctima no solo intra proceso sino también de carácter extraprocesal incluyendo la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa.

5.2 En relación al derecho de las víctimas a la verdad (Capítulo I Título II)

El Derecho internacional reconoce el derecho a la verdad como un derecho autónomo e inalienable, relacionado con el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, realizar investigaciones eficaces y garantizar recursos efectivos y reparación. El derecho a saber la verdad se invoca generalmente en un contexto de violaciones graves de los derechos humanos e infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario. En caso de desaparición forzada, el derecho a la verdad tiene una faceta especial: el conocimiento por parte de los familiares de la suerte y el paradero de las personas desaparecidas. En caso de fallecimiento este derecho implica, además, la obligación del Estado de buscar, respetar y restituir los restos mortales para que los familiares puedan enterrarlos conforme a sus tradiciones o creencias religiosas (art. 24.2, 3 y 6 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-12-2006).

Además, el derecho a la verdad tiene una doble dimensión: por un lado, el derecho a conocer la verdad tiene carácter colectivo y, por tanto, la sociedad tiene derecho a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado porque las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos son el paradigma de crímenes de estado, según el *Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos*



mediante la lucha contra la impunidad; y por otro, el derecho de las víctimas a saber, de carácter individual, que en este caso corresponde a los familiares de las personas desaparecidas y que supone que, independientemente de las acciones que puedan entablar, las víctimas y sus familias tienen el derecho de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima (art. 24. 2 de la Convención Internacional de 2006).

El Comité de Desapariciones Forzadas ha recordado a España en relación con el derecho a la verdad que «la búsqueda de las personas que han sido sometidas a desaparición forzada y el esclarecimiento de su suerte son obligaciones del Estado, aun cuando no se haya presentado una denuncia formal, y que los familiares tienen, entre otros, el derecho a conocer la verdad sobre la suerte de sus seres queridos desaparecidos». En este contexto, «el Comité recomienda que el Estado parte adopte todas las medidas necesarias, incluyendo la asignación de los recursos de personal, técnicos y financieros suficientes, para la búsqueda y esclarecimiento de la suerte de las personas desaparecidas». Asimismo, el Comité alienta a España «a prever de forma expresa el derecho a la verdad de las víctimas de desaparición forzada en línea con lo dispuesto por el art. 24, párrafo 2, de la Convención y a asegurarse que todas las víctimas puedan gozar plena y efectivamente de ese derecho».

El art. 24.3 de la Convención Internacional de 2006 establece que «cada Estado parte adoptará 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 restitución de los restos». El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, consciente de que no siempre será posible obtener resultados, señala que el Estado estaría ante una obligación de medios de modo que debe implementar todas las medidas que sean



necesarias para encontrar a la persona hasta que pueda determinar «por presunción» su suerte o paradero.

El art. 14 del Anteproyecto, en su apartado 1, reconoce el derecho de las víctimas a la verdad que concreta en la «verificación de los hechos y la revelación pública y completa de los motivos y circunstancias en que se cometieron las violaciones de Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra y de la Dictadura, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima y al esclarecimiento de su paradero».

El apartado segundo prevé el impulso por la Administración General del Estado de investigaciones para fomentar el conocimiento científico sobre lo ocurrido en la guerra y en la dictadura, así como de los procesos memoriales que han tenido lugar en el país con la finalidad de impulsar el desarrollo de la memoria democrática.

La implementación de instrumentos con el objetivo de garantizar el derecho a conocer la verdad en su dimensión colectiva como las investigaciones de carácter histórico-científico, junto a medidas que permiten el acceso del público a la información contenidas en archivos públicos y privados, reguladas en la Sección 2ª del Capítulo I del Título II, «Archivos y documentos de archivo y otros recursos de información para la recuperación de la Memoria Democrática», merecen una valoración positiva habida cuenta que contribuyen al cumplimiento de las obligaciones jurídicas del Estado de dar satisfacción al derecho a conocer la verdad.

La Sección 1ª del Capítulo I aborda la regulación de la localización e identificación de personas desaparecidas. Al respecto señala la Exposición de



Motivos que «se asume como política de Estado la legítima demanda de los ciudadanos y ciudadanas que ignoran el paradero de sus familiares, la mayoría en fosas comunes, para que puedan darles digna sepultura, poniendo fin a la existencia de miles de desaparecidos en España, que revictimizan a sus familias», puesto que una de las demandas principales de víctimas y asociaciones memorialistas ha sido la de conseguir la localización, exhumación e identificación de los restos de las personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura.

Se valora, pues, muy positivamente su asunción directamente por el Estado, a través de la atribución a la Administración General del Estado de la búsqueda, localización, exhumación —en su caso— e identificación de las personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad, reforzando la colaboración entre administraciones y mediante la creación del Banco Estatal de ADN de las Víctimas de la Guerra y la Dictadura, recogiendo así las recomendaciones de los organismos internacionales, pues supone un claro avance frente a la previsiones contenidas en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, que establece en los arts. 11, 12, 13 y 14 un modelo de colaboración entre las administraciones públicas y los familiares descendientes de las víctimas que se ha demostrado insuficiente e insatisfactorio para las víctimas.

El art. 15 atribuye a la Administración General del Estado las tareas de búsqueda de personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura, que se llevará a cabo de forma gradual, desarrollándose mediante planes plurianuales de búsqueda, localización, exhumación e identificación elaborados por el departamento competente en materia de memoria democrática. Se prevé asimismo la colaboración de las administraciones, a través de los mecanismos de financiación y ayuda que se establezcan, en las actividades de localización



e identificación realizadas por las víctimas o entidades que tengan por objeto tales actividades.

El art. 17 prevé la elaboración de un mapa integrado de localización de personas desaparecidas que comprenda a todo el territorio español. Los arts. 18 y 19 comprenden el régimen de las autorizaciones administrativas para las tareas de prospección y el procedimiento para la localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas, actividades que deberán realizarse siguiendo los correspondientes protocolos de actuación que deberán adoptarse por las administraciones públicas competentes (art.20).

El objetivo de las exhumaciones de las personas desaparecidas, practicadas por las administraciones competentes, es fundamentalmente esclarecer la verdad de lo ocurrido y restituir la dignidad de las víctimas y de sus familiares.

Además de esta dimensión humanitaria, en la medida en que pueda inferirse que la muerte de las víctimas fue violenta —no estando establecidas y debidamente certificadas sus causas concretas— y la inhumación de los cadáveres efectuada de modo irregular, las exhumaciones adquieren carácter judicial penal, habida cuenta que cuando un cuerpo es enterrado como consecuencia de una muerte violenta, los restos encontrados pueden constituir una fuente de prueba, a partir de la que se pueden establecer los hechos y las circunstancias en que se produjo la muerte, de modo que la exhumación adquiere una finalidad judicial que, a su vez, está íntimamente relacionada con el derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas.

La necesaria intervención judicial en el proceso de exhumación se recoge en los arts. 22 y 23 del Anteproyecto. El art. 22, en relación con el hallazgo casual de restos humanos, prevé el deber de comunicación inmediata a la autoridad administrativa, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o al



juzgado, que deberán ponerlo en conocimiento a la mayor brevedad posible de las autoridades competentes en materia de memoria democrática.

Por su parte, el apartado primero del art. 23, en relación a los hallazgos de restos resultado de las intervenciones realizadas por las administraciones competentes reguladas en la ley, prevé la puesta inmediata en conocimiento del Ministerio Fiscal y las autoridades administrativas y judiciales competentes, de modo que se garantiza la intervención de la autoridad judicial y/o del Ministerio Fiscal, previsión que se evalúa positivamente.

Al mismo tiempo que el traslado a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal, se prevé la puesta en conocimiento de las autoridades administrativas competentes —se entiende en materia de sanidad mortuoria, municipio, consejería autonómica de sanidad— que necesariamente deberá coordinarse con la administración competente en materia de memoria democrática y con la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal a través de los protocolos correspondientes a que se refiere el art. 20 del Anteproyecto.

El apartado segundo del art. 23 prevé la necesidad de autorización de la administración competente para el traslado de restos humanos encontrados como consecuencia de localización o por hallazgo casual, sin perjuicio de lo que la autoridad judicial pueda disponer.

Si bien el Anteproyecto regula en el art. 23 un procedimiento de carácter administrativo para el traslado de los restos, su identificación y posterior inhumación o restitución a sus familiares, no excluye la intervención de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal en la exhumación, dándoles traslado del hallazgo de los restos, al objeto de practicar la inspección ocular conforme a lo dispuesto en los arts. 335 y 340 LECrim, reseñar la descripción del estado de los restos y de las circunstancias concurrentes y a los efectos de determinar



si se trata de restos de víctimas de las comprendidas en el art. 3 de la ley, permitiendo en ese caso que las actividades ulteriores de traslado, identificación, recuperación de los restos por los familiares e inhumación, se realicen por la administración competente sin perjuicio del devenir de la tramitación del procedimiento judicial.

La previsión del traslado del hallazgo al Ministerio Fiscal merece una valoración positiva, dado que supone una garantía para las víctimas y permite al Ministerio Fiscal estar presente en la exhumación y amparar desde ese momento los derechos de los familiares y afectados, bien en el marco del procedimiento que se incoe por el órgano judicial, bien en el ámbito de las diligencias incoadas por la fiscalía competente.

Según se afirma en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, la finalidad que el legislador persigue con la participación del Ministerio Fiscal en las labores de exhumación e identificación es asegurar «la participación protectora y garantista del Estado y, en su caso, la correspondiente acción procesal», ejercicio de la acción procesal que no solo podrá tener lugar en el ámbito de la jurisdicción penal, sino también en otras jurisdicciones como prevé expresamente el Anteproyecto en el ámbito de la jurisdicción civil.

Nada que objetar en este sentido, puesto que asegurar que la Administración respeta las garantías exigibles y hace uso de los instrumentos que el ordenamiento jurídico ofrece a tal fin, promoviendo en su caso la acción de la justicia, es tarea genuinamente propia del Ministerio Público, vinculada de manera nítida al interés general y la defensa de la legalidad.

En variadas ocasiones corresponde a los y las fiscales realizar una función de supervisión administrativa en un contexto ajeno al procesal que es su medio



habitual, como ocurre por ejemplo respecto a las entidades de protección de menores o de internamiento de menores o extranjeros.

Sin perjuicio de ello, deben tenerse en consideración las cautelas contenidas en la Recomendación (2012)11 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Público fuera del sistema de justicia penal, cuyo Apéndice establece (apartado C.3) que «las competencias y los poderes de los fiscales fuera del sistema de justicia penal deben ser establecidos en todos los casos por la ley y claramente definidos para evitar cualquier ambigüedad» y en el apartado B.2 que «cuando el ordenamiento jurídico nacional confiera a los fiscales competencias y poderes fuera del sistema de justicia penal, su misión será la de representar el interés general o público».

El apartado quinto del art. 23 establece la obligación del Ministerio Fiscal de promover la inscripción de fallecimiento con arreglo a lo establecido en la legislación aplicable en materia de Registro Civil, previsión que merece una valoración positiva en tanto encomienda al Ministerio Público una actuación proactiva en cuanto a la promoción de la inscripción de fallecimiento que se enmarca en la función que el Ministerio Fiscal tiene atribuida en el art. 3.6 EOMF —tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público y social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley en el marco de la función constitucional de promover la acción de la justicia en defensa del interés público que corresponde al Ministerio Fiscal—.

El art. 25 prevé la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de la existencia de indicios de la comisión de delitos que se aprecien con ocasión de las localizaciones e identificaciones reguladas en la ley, plasmando en la ley la obligación que con carácter general se establece para las administraciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de denunciar los hechos de que tengan conocimiento que revistan caracteres de delito.



El traslado al Ministerio Fiscal de la *notitia criminis* dará lugar, en su caso, a la apertura de las correspondientes diligencias de investigación para el esclarecimiento de los hechos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 EOMF, y para determinar su entidad jurídico penal, con pleno respeto en todo caso al principio de legalidad.

Debe ponerse en relación este precepto con lo dispuesto en el apartado segundo de la Disposición adicional primera que establece la compatibilidad de las previsiones contenidas en la ley con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España, de modo que las medidas previstas en la ley no excluyen en ningún caso el ejercicio de las acciones judiciales.

5.3 En relación con el derecho de las víctimas a la justicia (Capítulo II Título II)

Llama la atención que el capítulo II del Título II del Anteproyecto, que aborda la regulación del derecho a la justicia, contenga solo dos artículos: el art. 29 que prevé la creación de la *Fiscalía de Sala* de Memoria Democrática y Derechos Humanos y el art. 30 sobre el derecho a la investigación.

Para el Derecho internacional, el derecho a la justicia supone la existencia de un recurso efectivo ante los tribunales nacionales a disposición de todas las personas que le ampare ante actos que violan sus derechos fundamentales, en los términos que proclamara el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966, lo que obliga al Estado a habilitar el acceso al proceso de las víctimas y el desarrollo de una investigación eficaz, completa e imparcial. De ahí el deber de investigar con recursos adecuados, efectivos y rápidos, como



enuncia el apartado 12 de los *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*.

En materia de desapariciones forzadas, la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006 establece las mismas obligaciones de facilitar el acceso a la justicia y de investigar de manera exhaustiva e imparcial la denuncia (art. 12).

El contenido típico de este derecho a la justicia, según viene conformándose en el Derecho internacional, es el de habilitar mecanismos legales para la investigación, enjuiciamiento y castigo penal de los culpables de graves violaciones de derechos humanos si bien la vía del enjuiciamiento penal no es la única articulación posible del derecho a la justicia. Junto a ella cabe citar los procesos judiciales internacionales; determinados procesos judiciales limitados a la investigación y la documentación; la institucionalización de mecanismos que garanticen el acceso a la información y, en particular, a los archivos; los procedimientos civiles y administrativos; las investigaciones llevadas a cabo por las instituciones nacionales de derechos humanos; los proyectos de corte histórico dirigidos a establecer un relato oficial, científico y acordado de lo ocurrido y las comisiones de la verdad.

La Exposición de Motivos señala al respecto que «el Capítulo II regula el derecho a la justicia, que habrá de ser garantizado a través de investigaciones públicas que esclarezcan las violaciones de derechos humanos producidas durante la guerra y la Dictadura. Con este fin, se crea la *Fiscalía de Sala* para la investigación de los hechos que constituyan violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. A esta *Fiscalía* se le atribuirán asimismo funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las



víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia».

La plasmación de tal declaración se concreta en los arts. 29 y 30 que adolecen de cierta indefinición en su redacción que debe ser matizada.

El art. 29 establece que «[s]e crea una *Fiscalía de Sala* para la investigación de los hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del derecho Internacional Humanitario. A esta Fiscalía se le atribuirán asimismo funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización».

Se considera procedente que las referencias que el Anteproyecto efectúa a la creación de una *Fiscalía de Sala* se sustituyan por el término *Fiscal de Sala*, pues la expresión utilizada por el prelegislador resulta incoherente con la organización interna expresamente prevista en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (arts. 12 y 13 EOMF). Este Fiscal de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos se hallará orgánicamente ubicado en la Fiscalía General del Estado y estará al frente de la unidad especializada en la materia.

Merece un juicio favorable la creación de un Fiscal de Sala y, por consiguiente, una unidad especializada *ratione materiae* en un ámbito material sustantivo complejo y digno de especial atención e interés, como es la investigación de las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, si bien cabe señalar que de la lectura del precepto se desprende claramente un ámbito de actuación más amplio que el que se contempla en la Exposición de Motivos referido a las violaciones de derechos



humanos producidas durante la guerra y la dictadura, lo que pone de manifiesto que la creación de la *Fiscalía de Sala* especializada, además de obedecer a la necesidad de dar respuesta tanto a un interés individual especialmente sensible como es el de las víctimas a que se refiere el art. 3 del Anteproyecto como a un interés colectivo de toda la sociedad en la preservación de la memoria democrática, nacería con vocación de comprender un área normativa extensa y de complejidad técnica como es el ordenamiento internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario lo que justifica el recurso de la especialización como se expondrá seguidamente al analizar la reforma del EOMF.

El Derecho internacional de los Derechos Humanos es un sistema de normas internacionales destinados a proteger y promover los derechos humanos de todas las personas y establece las obligaciones de los Estados de actuar de determinada manera o abstenerse de determinados actos con ese fin. Está recogido en la declaración Universal de Derechos Humanos y en varios tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y sus dos Protocolos facultativos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, entre otros, así como en el Derecho internacional consuetudinario.

Por otra parte, las resoluciones aprobadas por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Consejo de Derechos Humanos, la jurisprudencia de los órganos de tratados, los informes de los procedimientos especiales de derechos humanos, así como las declaraciones, los principios rectores y otros instrumentos legales no vinculantes, contribuyen a aclarar, materializar y



establecer principios directivos sobre normas y criterios mínimos de derechos humanos.

Se reconoce que algunos de los derechos tienen un estatus especial como normas imperativas de Derecho internacional consuetudinario (*ius cogens*), lo que significa que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia y que tienen primacía, en particular, sobre otras obligaciones internacionales. En general se reconoce que las prohibiciones de la tortura, la esclavitud, el genocidio, la discriminación racial y los crímenes de lesa humanidad, y el derecho a la libre determinación son normas imperativas.

El Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, aspiran a limitar los efectos del conflicto armado. Protege a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y restringe los medios y métodos de combate. Su alcance es, por lo tanto, limitado *ratione materiae* a las situaciones de conflicto armado. Las fuentes del Derecho internacional humanitario son los tratados y el derecho internacional consuetudinario, como el Reglamento de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y los Convenios de Ginebra y sus protocolos.

Determinadas violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario constituyen delitos en virtud del Derecho penal internacional, por lo que les son aplicables también otros corpus normativos como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El Derecho penal internacional y la justicia penal internacional sobre crímenes de guerra aplican el Derecho internacional humanitario y también aclaran y desarrollan sus normas.



La Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 contiene los *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 que se aplican a violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario que por su carácter muy grave constituyen una afrenta a la dignidad humana y que constituyen crímenes en virtud del Derecho internacional, imponiendo a los Estados la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones.

La investigación de hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a que se refiere el art. 29 del Anteproyecto se vincula así a las responsabilidades individuales que puedan derivarse de violaciones graves de derechos humanos constitutivas de delitos tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el genocidio, la tortura o las desapariciones forzadas.

Atribuye también el art. 29 del Anteproyecto al Fiscal de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos «funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización».

Se considera apropiada la actuación del Ministerio Fiscal de promoción de la búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, que habrá de desenvolverse bien en el seno de unas diligencias de investigación, bien de



unas diligencias preprocesales al objeto de ejercitar las acciones pertinentes en la jurisdicción civil, bien en el marco de un procedimiento judicial, dado que la intervención de la unidad especializada prevista en el art. 29 aparece orientada a garantizar los derechos de las víctimas y sus familiares en las actuaciones de localización y exhumación, y al impulso de la identificación de las posibles víctimas, por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas (art. 10.1 CE) y al derecho a la integridad moral, competencias subsumibles en las funciones del Ministerio Fiscal de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3. 4º y 5º EOMF) y de velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

Mayores dudas suscita la interpretación del primer apartado del art. 30 del Anteproyecto que aborda el derecho a la investigación en los siguientes términos:

1. El Estado garantizará el derecho a la investigación de las violaciones a los derechos humanos y el derecho Internacional Humanitario ocurridas con ocasión de la Guerra y la Dictadura, así como el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la aprobación de la Constitución Española. La Fiscalía de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos intervendrá en su caso en defensa de la legalidad y los derechos humanos.

Si bien se pone en valor el reconocimiento legal de la obligación del Estado de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, pues su denegación genera responsabilidad internacional del Estado como se recoge en las recomendaciones de organismos internacionales, no se plasma en el texto del articulado, sin embargo, cómo se concreta esa garantía para hacer efectivo el



derecho a las “investigaciones públicas” a que se refiere la Exposición de Motivos más allá de la intervención en la investigación de la *Fiscalía de Sala* de Memoria Democrática y Derechos Humanos y de las previsiones de los apartados 2 y 3 que se analizan seguidamente.

No puede obviarse en el presente informe que la pretensión no solo de enjuiciamiento sino también de investigación en vía jurisdiccional penal ha sido rechazada de forma generalizada por los órganos judiciales antes y después de la Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero de 2012, cuyos argumentos han sido reiterados en la reciente Sentencia de 15 de febrero de 2021.

Posteriormente en Auto de 28 de marzo de 2012 el Tribunal Supremo afirmó que la competencia para la acordar la práctica de diligencias de identificación de restos humanos «y proceder como corresponde en Derecho cuando aparecen restos de personas con síntomas de muerte violenta» corresponde a los juzgados de instrucción de los lugares donde aquellos aparecieran. Es, pues, el juez de instrucción quien ha de llevar a cabo la práctica de diligencias para datar las acciones, identificar a los posibles afectados y proceder como corresponde en Derecho cuando aparecen restos de personas con síntomas de muerte violenta, salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible” (FD 4º).

No obstante, el Tribunal Supremo reconoce que la imposibilidad del enjuiciamiento penal de los autores de los hechos en cuestión no afecta al derecho de las víctimas a recuperar los restos de sus familiares, tal y como como reconoce el propio Derecho internacional de los derechos humanos, y señala la posibilidad de que los tribunales sean garantes del derecho a la reparación integral.



En este sentido, el Auto de 28 de marzo de 2012 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, afirma:

Los derechos de las víctimas de violaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario gozan hoy de amplio reconocimiento y de práctico universal consenso, del que son expresión algunos textos producidos en el ámbito de Naciones Unidas que a continuación se citan , y que tienen particular relieve en cuanto exponentes del momento del Derecho internacional en la materia (...) Y, sobre todo, la Resolución de 2006, aprobada por la Asamblea General de la ONU, relativa a 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. En esta se proclama, como derecho de los afectados por tal clase de acciones criminales, entre otros, el de acceso a una reparación adecuada, que comprenda “la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad”, así como “la búsqueda de (...) los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos, si fuera necesario, y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad”. También el poder contar con “una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella”, y que “esos derechos, según los mismos textos, tienen como contrapartida, el deber de los estados de procurar de manera efectiva su satisfacción”.

Por tanto, el Tribunal Supremo viene a asumir respecto de las víctimas de la guerra y de la dictadura la normativa internacional que reconoce el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos a una reparación que



incluya la búsqueda e identificación de los cadáveres, así como la entrega a sus familiares para su inhumación conforme a su deseo.

El Tribunal Supremo indica que el ordenamiento legal vigente arbitra otros recursos, diferentes a la vía judicial penal cuando la misma se encuentre cerrada por inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible, a través de los que canalizar las acciones oportunas a las que las víctimas podrían acogerse para identificar y dar sepultura digna a los restos de sus familiares, como los cauces establecidos en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, las declaraciones de ausencia y fallecimiento y las informaciones para perpetua memoria en la jurisdicción civil.

En todo caso, la investigación de hechos constitutivos de delito y, en su caso, el correspondiente ejercicio de la acción penal es función del Ministerio Fiscal, que está sujeta al pleno respeto del principio de legalidad (art. 124 CE y art. 6 EOMF), por el que el Ministerio Fiscal actúa con sujeción a la Constitución, a la ley y al resto del ordenamiento jurídico.

No agota aquí su función el propio Ministerio Fiscal, sino que dentro del ámbito de la investigación penal para garantizar el acceso de la víctimas a la justicia, pueden explorarse otras vías como la de la justicia restaurativa en el contexto del procedimiento penal a la que se hace referencia en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompaña al texto del Anteproyecto al decir que «es objeto de este Anteproyecto de Ley la dimensión restaurativa de la Justicia para amparar, reconocer y reparar a las víctimas con el objetivo de que su testimonio, recuerdo y reflejo de la realidad de los hechos sirvan en sí mismos como garantías de no repetición».

Merece la pena explorar esta vía, pues la posibilidad de acudir a la justicia restaurativa ha sido incluida en el texto del Anteproyecto de la Ley Orgánica de



Enjuiciamiento Criminal remitido también para informe al Consejo Fiscal, en el que se introducen mecanismos alternativos al ejercicio incondicionado de la acción penal, entre ellos la justicia restaurativa como un complemento efectivo del ejercicio del principio de oportunidad, en la línea de la Recomendación CM/ReGrc (2018) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, señalando en su Exposición de Motivos que la justicia restaurativa «ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima».

Podemos, por tanto, interpretar que el propósito del legislador al objeto de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas se orienta a la utilización de mecanismos de justicia restaurativa en que tenga intervención el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones constitucionales y estatutarias de defensor de la legalidad y los derechos humanos, aunque bien pudiera referirse a ello el texto de una manera más explícita.

En todo caso, ello no debe ser óbice para, en su caso, a través de la correspondiente instrucción, se concrete esta orientación hacia una justicia restaurativa, a través de la intervención de la unidad especializada en Memoria Democrática y Derechos Humanos en las investigaciones a que se refiere el primer apartado del art. 30, que se hará «en defensa de la legalidad y los derechos humanos». Tal puntualización es acorde con los principios básicos de actuación del Ministerio Fiscal que actúa siempre con sujeción al principio de legalidad.

Corresponde al Ministerio Fiscal por mandato constitucional la promoción de la justicia en defensa de la legalidad orientada al interés social, de modo que el Ministerio Fiscal se erige, además, en defensor de la legalidad procurando ante



los tribunales la satisfacción del interés social, en este caso, orientando su actuación a la defensa de los derechos humanos.

El apartado segundo del art. 30 del Anteproyecto recoge otra vía para garantizar la tutela judicial efectiva de las víctimas a través de «procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados relacionados con las víctimas a que se refiere el apartado 3».

A tal fin, modifica el prelegislador la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, en la Disposición final segunda, reintroduciendo la figura del expediente de información para la perpetua memoria que formó parte de nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hasta la reforma de la jurisdicción voluntaria en 2015 «como una vía que permite la obtención de una declaración sobre los hechos sucedidos y posibilita la identificación y exhumación de víctimas de la guerra y la dictadura y, a través de ella, la digna sepultura de las víctimas», según afirma la Exposición de Motivos.

En la jurisdicción voluntaria no hay pretensión frente a una persona concreta, pero sí hay una especial tutela conferida por el ordenamiento jurídico mediante la que se otorga tutela jurisdiccional tanto a derechos subjetivos como a situaciones o intereses individuales, especialmente en los supuestos en los que la intervención judicial tiene carácter constitutivo o preceptivo.

Merece, pues, un juicio favorable la reintroducción del procedimiento de jurisdicción voluntaria del expediente de información para la perpetua memoria como vía para garantizar la tutela judicial efectiva de las víctimas comprendidas en el ámbito de actuación de la ley, pues si bien el Tribunal Supremo —como se ha dicho antes— en su Auto de 28 de marzo de 2012 indicó expresamente



la posibilidad de utilización del expediente como uno de los recursos a través de los que canalizar las acciones oportunas a las que las víctimas podrían acogerse para identificar y dar sepultura digna a los restos de sus familiares, fue eliminado del ordenamiento jurídico en la reforma de la Ley de jurisdicción voluntaria en el año 2015.

En el ámbito de la jurisdicción civil, se ha autorizado la exhumación de cadáveres en el Valle de los Caídos en el expediente de jurisdicción voluntaria de aprobación y protocolización de información *ad perpetuam memoriam*, basándose en el derecho a recibir sepultura digna, mediante Auto nº 112/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Lorenzo de El Escorial, de fecha 30 de marzo de 2016, que argumentaba que «emana de la propia Constitución el derecho de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, destacando entre ellos, el derecho a la digna sepultura de toda persona», y que, por tanto, «el derecho a la entrega de los restos deviene del derecho a digna sepultura», de modo que «una vez que se reconoce el derecho a la aprobación y protocolización de la información *ad perpetuam memoriam*, se genera de forma automática el derecho a poder disponer de los restos de la persona afectada para la digna sepultura de ésta, en el caso de que de la propia información aprobada se extraiga que no ha sido posible dar dicha digna sepultura por la forma en la que se produjeron los hechos que son objeto de aprobación».

En definitiva, la aprobación y protocolización de las informaciones de perpetua memoria cumple su objetivo si no se limita al procedimiento de publicidad en que consiste la información *ad perpetuam memoriam*, sino que permite la recuperación de los restos, su identificación, su entrega por parte del órgano competente a los familiares y la inscripción de su defunción en el Registro Civil.



La regulación del procedimiento para la obtención de una declaración sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados mediante la introducción de un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria, que prevé que la resolución contemple en su parte dispositiva la declaración sobre hechos pasados determinados interesada por el promotor del expediente y sus circunstancias y se pronuncie, en su caso, sobre las consecuencias que legalmente deriven de esa declaración, abre una vía en la línea de la resolución antes apuntada para permitir la recuperación de los restos, su identificación y entrega a los familiares, así como la inscripción de la defunción en el Registro civil.

Se considera asimismo positiva la previsión en el apartado tercero del art. 30 del Anteproyecto sobre la obligación del Ministerio Fiscal de promover las inscripciones en el Registro Civil de las defunciones de las personas desaparecidas.

La posibilidad de acudir a la vía de inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura, incorporada en la Disposición Adicional octava de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de *Registro Civil*, para garantizar la reparación de las víctimas, se señalaba en el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 28 de marzo de 2012 a que antes se ha hecho referencia.

Con el mismo objetivo expuesto en relación a los procedimientos para la perpetua memoria, los procedimientos de declaración de fallecimiento podrían permitir la realización de actividades de exhumación e identificación de restos para ser, por un lado, realmente eficaces en cuanto a su fin y, por otro, garantes del derecho a la reparación que asiste a los familiares de las víctimas.



5.4 En relación con el régimen sancionador (Título IV)

El Título IV del Anteproyecto, sobre el *régimen sancionador*, aborda en su art. 60 el régimen jurídico, en el art. 61 la determinación de los sujetos responsables de la infracción, en el art. 62 prevé tres categorías de infracciones distinguiendo entre muy graves, graves y leves, y en el art. 63 determina las correlativas sanciones y medidas de restablecimiento de la legalidad. En el art. 64 se regula el procedimiento sancionador, en el art. 65 la competencia sancionadora y por último en el art. 66 la prescripción de infracciones y sanciones.

En este punto, por su vinculación con el ejercicio de derechos fundamentales, se hace la siguiente observación en relación con la infracción tipificada como muy grave en el art. 62:

d) La falta de adopción de las medidas necesarias para impedir oponer fin a la realización en espacios abiertos al público, de actos de exaltación de la Guerra o de la Dictadura cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos.

e) Las convocatorias de actos, campañas de divulgación o publicidad que por cualquier medio de comunicación pública, en forma escrita o verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes sean contrarios a la normativa sobre memoria democrática, inciten a la exaltación de la Guerra o de la Dictadura, cuando entrañe descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares.

Como se puede ver, producir el «descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o sus familiares» a través de las conductas descritas constituye el elemento central de esas infracciones o «actos contrarios».



Debe ponerse en relación este precepto con el art. 39.1 del Anteproyecto, inserto en la Sección 1ª (Símbolos, elementos y actos contrarios a la memoria democrática) del Capítulo IV (Del Deber de memoria democrática) del Título II (Políticas Integrales de Memoria Democrática), que contempla lo que el Anteproyecto denomina «actos contrarios a la memoria democrática» de la siguiente forma:

1. Se consideran actos contrarios a la memoria democrática la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial.

A tal efecto, si en la celebración de un acto público de esta naturaleza se advirtieran hechos que pudieran ser constitutivos de delito, se pondrán los mismos en conocimiento del ministerio fiscal, en los términos del art. 45.2 de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

El tipo penal contemplado en el art. 510.2 CP engloba dos conductas que tienen también como eje central la «humillación, menosprecio o descrédito». En el primer inciso el delito se configura como de resultado y en el segundo de peligro abstracto.

El núcleo de las concretas conductas típicas que se contemplan en el Anteproyecto por un lado —la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización del acto por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrolle y la convocatoria de actos o campañas de divulgación o publicidad por cualquier medio de comunicación contrarias la normativa sobre memoria democrática— y, por otro, los concretos



motivos y grupos que recoge el tipo penal —particularmente la del primer inciso del art. 510.2.a) CP—, permiten la diferenciación entre ambas infracciones administrativa y penal.

No obstante, podría plantearse la existencia de algún supuesto con cabida en las infracciones administrativas del Anteproyecto que, además, también tuviera encaje en el art. 510.2 CP. En tal caso, será la mayor gravedad de la conducta y la entidad de la afectación del bien jurídico protegido lo que dará prevalencia a la respuesta penal.

Debe ponerse de manifiesto que en la descripción típica de la infracción contemplada en el art. 62 no coincide el objeto de la conducta tipificada —en un caso la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a su realización, en otro la convocatoria y la realización de campañas de divulgación o publicidad— con la delimitación conceptual de acto público contrario a la memoria democrática que se contiene en el art. 39, de modo que no aparecen contemplados en el supuesto de hecho de la infracción los actos que supongan exaltación de la sublevación militar, de los dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron el régimen dictatorial.

5.5 Disposición final primera. Modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

La Disposición final primera del Anteproyecto modifica el apartado tercero del art. 20 EOMF, le da una nueva redacción y renumera el anterior apartado Tres del art. 20 que pasa a ser el Cuarto manteniendo la redacción actual del apartado tres.



El nuevo apartado Tercero del art. 20 prevé la creación en la Fiscalía General del Estado de «un Fiscal responsable de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de memoria democrática y derechos humanos, con la categoría de Fiscal de Sala» al que asigna una serie de funciones que se analizan a continuación.

La reforma del EOMF operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, dio un decisivo impulso a la especialización en su doble vertiente orgánica y funcional como uno de los principios rectores de la actuación y la organización del Ministerio Fiscal. Tal principio, compaginado con el de unidad de actuación, ha dado lugar a lo que se ha denominado como «unidad de actuación especializada del Ministerio Público».

El objetivo de especialización de los y las fiscales ha constituido una constante en las reformas legislativas y en las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado en los últimos años. En este contexto, es imprescindible el establecimiento de mecanismos de coordinación para preservar el principio de unidad de actuación.

Desde un punto de vista orgánico y con base en el art. 20 EOMF, una las principales derivaciones de la implementación de dicho principio ha sido la creación de las unidades especializadas de la Fiscalía General del Estado dirigidas, cada una ellas, por un Fiscal de Sala Coordinador, que se orientan a triple finalidad: contribuir a hacer realidad el principio de unidad de actuación, profundizar en la especialización del Ministerio Fiscal y reforzar, desde la Fiscalía General del Estado, el trabajo que se desarrolla en las fiscalías territoriales.

La creación de una unidad especializada en materia de memoria democrática y derechos humanos merece una valoración positiva desde el punto de vista de



su oportunidad y necesidad para lograr ese triple objetivo: la persecución de una manera más eficaz de las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario constitutivas de delito justifica, *ratione materiae*, la especialización con el objetivo de dar una respuesta cualificada en la investigación y, en su caso, enjuiciamiento de esta actividad criminal, con pleno respeto al principio de legalidad; en segundo lugar, las previsiones contenidas en el Anteproyecto van a demandar la actuación del Ministerio Fiscal en distintas jurisdicciones y procedimientos al objeto de lograr la debida tutela judicial de las víctimas, de modo que las exigencias derivadas del principio de unidad especializada de actuación en este ámbito justifica su impulso desde una unidad especializada; y por último, el desarrollo de actuaciones en las distintas fiscalías y unidades, exigen su refuerzo y apoyo técnico por una unidad especializada en orden a conseguir una respuesta más eficiente y satisfactoria para la víctimas, habida cuenta que la necesidad de ofrecer una respuesta institucional que ampare el derecho de las víctimas a que se refiere el art. 3 del Anteproyecto a la verdad y a la justicia, es una cuestión ligada a la función tuitiva que el Ministerio Fiscal tiene encomendada por mandato constitucional en el art. 124 CE.

La especial relevancia atribuida al cargo, su vinculación directa al Fiscal General del Estado y la inaplazable necesidad de proporcionar una respuesta eficaz a las graves conductas que integran las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario amparan la exigencia legal de la creación de una plaza de Fiscal de Sala específica y que el Fiscal designado pertenezca a la primera categoría de la carrera fiscal.

Entrando en el análisis de la modificación propuesta, cabe señalar que la numeración del apartado *tercero* y *cuarto* del art. 20 EOMF no concuerda con



la numeración del precepto *tres* y *cuatro* en la redacción vigente del precepto, de modo que debe acomodarse a esta numeración.

En cuanto a la creación de un nuevo Fiscal de Sala Coordinador entre los específicamente recogidos en el art. 20 EOMF, que se ubica orgánicamente en la Fiscalía General del Estado bajo la dependencia directa del Fiscal General del Estado, el precepto comienza afirmando la existencia en la Fiscalía General del Estado de un Fiscal «responsable de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal», recogiendo así en el diseño orgánico lo que son competencias del Fiscal de Sala Coordinador y que deben ser reflejadas, por consiguiente, en los apartados correspondientes a sus funciones, por lo que se propone la siguiente redacción:

Tres. En la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal en materia de memoria democrática y derechos humanos con la categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá las siguientes funciones: (...)

En cuanto al análisis de las funciones que la reforma del EOMF atribuye al Fiscal de Sala en materia de memoria democrática y derechos humanos, cabe señalar lo siguiente:

1º.) En relación a la letra a), junto a la función de coordinación de la acción del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos y actuaciones a que se refiere la ley, cabría añadir la función de supervisión que se conecta con la necesidad de consolidar un sistema de control y seguimiento individualizado de los asuntos especialmente relevantes que se tramiten en la especialidad. Atribución de la función de coordinación y supervisión de la acción del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos y actuaciones a que se refiere la ley que se valora positivamente atendiendo al principal objetivo de su creación, vinculado a velar y procurar la tutela judicial efectiva de las víctimas de la guerra y de la



dictadura, como garantes de los derechos fundamentales y libertades públicas, junto con la defensa de la legalidad, el interés público tutelado por la ley y el interés social. Asimismo, obedece a la necesidad de unificar los criterios de actuación del Ministerio Fiscal en todo el territorio nacional y procurar una interpretación unitaria del ordenamiento jurídico que contribuye a garantizar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley.

No obstante, se observa que la mención que se hace de la coordinación de los expedientes regulados en el Título IV bis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, es errónea por lo que se propone su corrección, o mejor, su supresión, atendiendo a que la coordinación de la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la jurisdicción civil en los expedientes de jurisdicción voluntaria recogidos en el art. 30 del Anteproyecto ya está comprendida con carácter general en la función de coordinación de todos los procedimientos y actuaciones a que se refiere la ley.

Se propone pues, la siguiente redacción:

a) Supervisar y coordinar la acción del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos y actuaciones a que se refiere la Ley xx/xxx, de xx de xxxx de memoria Democrática, dando conocimiento al Fiscal Jefe de las fiscalías correspondientes.

2º.) En cuanto al apartado b), «[r]epresentar a la persona titular de la Fiscalía General del Estado en todos los actos de reconocimiento a nuestra memoria democrática», cabe objetar que la representación institucional del Ministerio Fiscal en todo el territorio español la ostenta el Fiscal General del Estado conforme al art. 22.2 EOMF sin perjuicio de la posibilidad de su delegación, de modo que se propone que se añada a la redacción el inciso la siguiente expresión: «por delegación de aquella».



3º.) El apartado c) recoge la atribución de distintas funciones que necesitan ser matizadas:

El Fiscal de Sala Coordinador en materia de memoria democrática y derechos humanos debe ostentar facultades esencialmente de supervisión y coordinación, aunque también tenga atribuidas ciertas facultades operativas para intervenir directamente o a través de instrucciones impartidas a las y los fiscales integrados en otros órganos del Ministerio Fiscal, en los procedimientos seguidos ante los órganos judiciales en materia de memoria democrática y de graves violaciones de derechos humanos.

Si bien se engloban en el mismo apartado, hay que distinguir entre la práctica de las diligencias a que se refiere el art. 5 EOMF, del ejercicio de la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o a través de instrucciones exigiendo las responsabilidades que procedan, ambas funciones referidas a hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, siempre que pudieran ser constitutivas de delito.

La redacción propuesta en la letra c) del Anteproyecto en cuanto a la atribución de la práctica de las diligencias a que se refiere el art. 5 EOMF debe matizarse en el sentido de que no se atribuya al Fiscal de Sala la competencia con carácter general para investigar mediante la incoación y tramitación de diligencias de investigación todos los supuestos de hechos delictivos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, sino solo respecto de aquellos supuestos de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, de forma análoga a las competencias recogidas en el art. 20 EOMF para los Fiscales de Sala Coordinadores de Violencia sobre la Mujer y de Medio Ambiente, cuya legitimación para la práctica de diligencias de investigación y para actuar de



forma directa en procesos penales deviene de su atribución por el Fiscal General del Estado en casos de especial trascendencia.

Se propone, pues, la siguiente redacción:

c) Practicar las diligencias a que se refiere el art. cinco del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal e intervenir en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por la persona titular de la Fiscalía General del Estado y ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o través de instrucciones, exigiendo las responsabilidades que procedan, cuando se refieran a hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del derecho Internacional Humanitario. Así como facilitar o coordinar los instrumentos de cooperación internacional para la reparación de las víctimas.

En cuanto a su objeto, cabe señalar que determinadas violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario constituyen delitos en virtud del Derecho penal internacional sometido a la legislación penal internacional y son asimismo constitutivos de delitos tipificados en el ordenamiento interno, fundamentalmente, los constitutivos de delito de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, recogidos en el Título XXIV del Código Penal, pero también los delitos de torturas, desaparición forzada de personas, detención ilegal en determinados supuestos, trata de seres humanos, matrimonios forzados del art. 172 bis —introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo, para cumplir los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos o la mutilación genital femenina (no tipificado expresamente



en nuestro Derecho interno pero sí subsumible en el tipo de mutilación genital del art. 149.2 CP) —.

Las funciones así enunciadas atribuidas al Fiscal de Sala en materia democrática y derechos humanos habrán de ser delimitadas a través de las Instrucciones pertinentes, con otras unidades especializadas concurrentes como la unidad de Extranjería que es competente en materia de persecución del delito de trata de seres humanos, o la unidad de delitos de odio y contra la discriminación en cuanto a los delitos de su ámbito de actuación que supongan una violación grave del principio de igualdad y no discriminación. Así como con la Fiscalía ante la Audiencia Nacional habida cuenta que el ámbito objetivo de actuación de la unidad especializada en materia de memoria democrática y derechos humanos comprende delitos que son competencia de la Audiencia Nacional conforme al art. 65.1.e) en relación con el art. 23.4 LOPJ, cuando se trate de delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad o delitos contra las personas o bienes en caso de conflicto armado, delitos de tortura y delitos de desaparición forzada de personas cometidos fuera del territorio nacional cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles.

4º.) En cuanto a la función atribuida al Fiscal de Sala de memoria democrática y derechos humanos en la letra d) —representar a la Fiscalía General del Estado y relacionarse con el defensor del pueblo en los términos previstos en su normativa reguladora— supone una novedad que se evalúa favorablemente, si bien debe añadirse también en este apartado que la representación de la Fiscalía General del Estado la ostenta «por delegación de la persona titular de la Fiscalía General del Estado», pues la canalización de las relaciones institucionales a través de un Fiscal de la categoría primera, especialista en materia de derechos humanos y coordinador de la actuación de la Fiscalía en esa materia, sin duda agilizará los trámites en cuanto al traslado de quejas y



solicitud de informes realizado por el Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus competencias conforme a su ley reguladora en asuntos relacionados con la actuación de las Administración de Justicia que afecten a los derechos fundamentales, y la correlativa respuesta e información periódica por parte de la Fiscalía General del Estado.

5º.) La letra e) relativa a la función de «coordinar las fiscalías en materia de memoria democrática y derechos humanos unificando los criterios de actuación, para lo cual podrá proponer a la persona titular de la Fiscalía General la emisión de las correspondientes instrucciones» merece un juicio favorable pues responde a la adaptación estructural y orgánica a través del Fiscal de Sala Coordinador que agiliza los mecanismos de unidad de actuación siguiendo el principio de especialización.

La necesidad de unificar los criterios de actuación de las diferentes fiscalías dio lugar a la elaboración de la Circular de la FGE nº 2/2012, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos*, en relación con las denuncias formuladas por la sustracción y entrega a terceras personas de recién nacidos acaecidas en distintos hospitales por todo el territorio español durante el periodo de la dictadura y la transición, «optando por la exégesis que, respetando el espíritu de la ley, con mayor extensión permita investigar el más amplio número de casos, aún acaecidos en fechas remotas, teniendo especialmente presente la necesidad de dar la máxima protección posible a las víctimas».

6º.) La letra f) atribuye al Fiscal de Sala de memoria democrática y derechos humanos la función de «[c]oordinar la acción del Ministerio Fiscal en materia de interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial en aquello que pudiera afectar a los recursos de revisión de sentencias por esta



materia. Asimismo, será el cauce de relación y coordinación entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional».

Con tal redacción parece referirse el legislador a la actuación que corresponde al Ministerio Fiscal en cuanto al estudio y análisis de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afectan a España y que pudieran dar lugar, en su caso, a la presentación y tramitación de recursos de revisión de las sentencias afectadas, actuación que corresponde a la Fiscalía del Tribunal Supremo. El control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos corresponde a los Agentes del Reino de España ante dicho Tribunal que recaban información periódicamente a la Fiscalía General del Estado sobre lo actuado en España a raíz de las sentencias del Tribunal, de modo que atendiendo al criterio de especialización y eficacia se considera procedente centralizar en el Fiscal de Sala las relaciones institucionales con tales Agentes del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se considera procedente prever la coordinación del Fiscal de Sala de memoria democrática y derechos humanos con el resto de fiscalías de ámbito estatal y unidades especializadas de la Fiscalía General del Estado, especialmente con la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, como señala la letra f), pero también con la unidad especializada de delitos de odio y contra la discriminación y la unidad especializada de Extranjería, para procurar el mantenimiento de criterios comunes en la materia por parte del Ministerio Fiscal.

Se propone, por tanto, la siguiente redacción:

f) Representar a la Fiscalía General del Estado, por delegación de la persona titular de ésta, y relacionarse con los Agentes del Reino de



España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de interpretación de la jurisprudencia del Tribunal, en especial en aquello que pudiera afectar a los recursos de revisión de sentencias derivados de sus resoluciones. Asimismo, será el cauce de coordinación entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía del Tribunal Constitucional y las unidades especializadas en materia de memoria democrática y derechos humanos.

El último apartado, que debe ser correctamente reseñado mediante la letra g), recoge la función de «elaborar anualmente y presentar a la persona titular de la Fiscalía general del estado un informe sobre las actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de memoria democrática y derechos humanos, que será incorporado a la memoria anual presentada por la Fiscalía General del Estado», análoga a la prevista en el mismo precepto del EOMF para el Fiscal de Sala de Medio Ambiente y que es común a todas las unidades especializadas, que implica una dación de cuenta al Fiscal General del Estado sobre la actividad desarrollada por la unidad especializada y, a su vez, está dirigida al conocimiento externo de su actuación por medio de su incorporación a la Memoria de la Fiscalía General del Estado, lo que merece una valoración positiva.

5.6 Disposición final segunda. Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria

La Disposición final segunda modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, añadiendo un nuevo Capítulo XI en el Título II con la rúbrica «De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados», que consta de cuatro artículos y que viene a reintroducir el expediente de información para la perpetua memoria regulado en los arts. 2002 a 2006 de la Ley de Enjuiciamiento civil hasta su derogación por



la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, si bien actualiza su contenido en la línea de la modernización de la jurisdicción voluntaria que supuso su regulación en la Ley 15/2015 y adaptando la misma a los principios y normas generales contenidas en la ley.

El nuevo art. 80 bis establece el ámbito de aplicación del expediente que tiene por objeto «la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados, siempre que no exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso», pudiendo tratarse de «hechos de cualquier naturaleza, concretos, ya acaecidos, percibidos o no por el promotor del expediente», estableciendo en el apartado segundo los presupuestos para su aplicación.

En el expediente relativo a declaraciones judiciales sobre hechos pasados, como en el anterior expediente de información para la perpetua memoria, la ley no pone límites a los hechos objeto de declaración judicial pudiendo acudir al expediente siempre que concurren los requisitos siguientes: a) que su objeto sea posible y lícito; b) que exista un principio de prueba sobre los hechos; c) que no resulte perjuicio para una persona cierta y determinada; d) que los hechos no sean objeto de un procedimiento judicial en trámite; y e) que no exista otro procedimiento distinto ordenado por la ley para su demostración.

El art. 80 ter regula la competencia, legitimación y postulación, estableciendo la competencia del Juzgado de Primera Instancia del lugar donde acaecieron los hechos a que se refiere la declaración judicial, y la atribución de legitimación activa a los titulares de derechos o intereses legítimos en relación a los hechos respecto de los que se interesa la información y al Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona. El apartado cuarto prevé que el Ministerio Fiscal será siempre parte en este expediente.



En el ámbito de las competencias extrapenales del Ministerio Fiscal como señalábamos antes, la Recomendación 11(2012) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal señala que las responsabilidades y facultades del Ministerio público fuera del sistema de justicia penal «deben ser establecidas por ley en todos los casos y claramente definidas a fin de evitar cualquier ambigüedad» y que el ejercicio de tales facultades y responsabilidades debe ser «acorde con los principios de legalidad, objetividad, transparencia e imparcialidad».

La atribución legal de la condición de parte al Ministerio Fiscal en el expediente deviene de su misión de defensa de la legalidad y del interés público, dado el carácter constitutivo personal del expediente, mereciendo una valoración positiva. En este sentido el art. 4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que «el Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente y en aquellos otros casos en que la ley expresamente lo declare». No se exige la actuación preceptiva con letrado ni con procurador, siguiendo la pauta general de los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que tiene intervención el Ministerio Fiscal.

El art. 80 quáter aborda la regulación de la tramitación y resolución del expediente basado en la celebración de una comparecencia que se sustanciará por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vista del juicio verbal, practicándose la prueba pertinente y útil que las partes propongan en el acto.

En cuanto a la resolución del expediente, la redacción mejora notablemente la contenida en el art. 2007 de la LEC 1881, previendo el párrafo segundo del apartado 5 que «[s]i accediere a la solicitud, el Juez realizará en la parte



dispositiva del auto la declaración sobre hechos pasados determinados interesada por el promotor, con expresión de sus circunstancias, y se pronunciará, en su caso, en relación con las consecuencias que legalmente deriven de la declaración. Si de la declaración se derivara la existencia de un hecho inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público, será aplicable lo dispuesto en el art. 22.2».

El apartado segundo del art. 22 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria distingue las resoluciones que dan lugar a hechos o actos inscribibles en el Registro Civil, en cuyo caso «se expedirá testimonio de la resolución que corresponda a los efectos de su inscripción o anotación», de las que son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, Mercantil o cualquier otro registro, en relación a las que «deberá expedirse, a instancia de parte, mandamiento a los efectos de su constancia registral».

En caso de que se formulara oposición a la emisión de la declaración judicial interesada, si el/la juez/a estima justificada la misma, acordará por auto el sobreseimiento del expediente con reserva a las partes de su derecho a ejercitar la acción correspondiente. Si no la estimara justificada ordenará por auto la continuación del expediente hasta su resolución.

Por último, el art. 80 quinquies establece el régimen de recursos y prevé la posibilidad de interponer recurso de reforma contra las resoluciones interlocutorias y recurso de apelación contra la resolución definitiva, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez dictado el auto haciendo la declaración de hechos pasados, se generan sus efectos jurídicos-procesales (recurso de apelación) y efectos jurídico-materiales, al desplegar todos sus efectos y producir las situaciones jurídicas que dimanen de la misma.



En este sentido, la exhumación, identificación de los restos y posterior entrega a sus familiares desaparecidas pueden ser consecuencias derivadas de la declaración acordadas en el auto en que se haga la declaración sobre hechos pasados determinados.

6. Conclusiones

1ª. Merece un juicio favorable el establecimiento de un marco legislativo estatal que permita la implementación de políticas públicas de rehabilitación de la memoria de las víctimas y de reparación de los daños causados, con el objetivo de fomentar la convivencia pacífica y el continuo desarrollo de nuestra democracia y superar las deficiencias existentes en las políticas de memoria democrática.

2ª. Se evalúa favorablemente la atribución a la Administración General del Estado de la búsqueda, localización, exhumación en su caso e identificación de las personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad, reforzando la colaboración entre administraciones y mediante la creación del Banco Estatal de ADN de las Víctimas de la Guerra y la Dictadura, recogiendo así las recomendaciones de los organismos internacionales.

3ª. Merece un juicio favorable la creación de un Fiscal de Sala coordinador al frente de una unidad especializada en materia de memoria democrática y derechos humanos para la investigación de las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, que comprende un área normativa extensa y de complejidad técnica como es el ordenamiento internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario lo que justifica el recurso de la especialización y obedece a la



necesidad de dar respuesta en el ámbito de la justicia tanto a un interés individual especialmente sensible como es el de las víctimas de la guerra y de la dictadura franquista, como a un interés colectivo de toda la sociedad en la preservación de la memoria democrática.

4ª. Se considera apropiada la actuación del Ministerio Fiscal de promoción de la búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, que aparece orientada a garantizar los derechos de las víctimas y sus familiares en las actuaciones de localización y exhumación, y al impulso de la identificación de las posibles víctimas, por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas (art. 10.1º CE) y al derecho a la integridad moral, competencias subsumibles en las funciones del Ministerio Fiscal de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3.4º y 5º EOMF) y de velar por la protección procesal de las víctimas.

Madrid, a 30 de abril de 2021

**LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTA DEL CONSEJO FISCAL**

Fdo. Dolores Delgado García



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

VOTO DISCREPANTE DE LOS VOCALES ELECTIVOS DE LA ASOCIACIÓN DE FISCALES AL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA, INCLUIDO PARA SU DEBATE EN EL ORDEN DEL DÍA DEL CONSEJO FISCAL DE 29 DE ABRIL DE 2021

I. Marco Normativo.

Conforme a lo dispuesto tanto en la Exposición de Motivos del Anteproyecto como en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que acompaña a la misma, si bien esta es posterior a la aprobación del Anteproyecto en Consejo de Ministros (esta se produjo el 18/9/2020, y la memoria se presentó el 10/11/2020), con la nueva norma se pretende dar acogida a las recomendaciones que a España se han hecho desde diferentes organismos internacionales. Se refieren así a los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias ONU de 2/7/2014 y del Relator Especial ONU para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición Concretamente de 22/7/2014.

En efecto, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática afirma en su apartado III:

“Durante las Legislaturas X y XI, en las que se constatan la mencionada parálisis estatal y la generalización de las políticas de memoria autonómicas, tienen lugar dos hechos fundamentales en la internacionalización creciente del desarrollo de las políticas de memoria democrática en España. Las visitas impulsadas por las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e involuntarias y el Relator especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, Pablo de Greiff, se plasmaron en dos influyentes informes en 2014.

En sus observaciones y recomendaciones a España coinciden en señalar la necesidad de asumir las obligaciones internacionales mediante un claro liderazgo y compromiso en la búsqueda de personas desaparecidas durante la Guerra y la Dictadura, como obligación de una política de Estado integral, coherente, permanente, cooperativa y colaborativa. Preocupados por el modelo vigente de “privatización” de las exhumaciones, que delega esta responsabilidad a las víctimas y asociaciones, observan que no cabe



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

renuencia de ningún tipo a que sea el Estado el que asuma la responsabilidad en los procesos de exhumaciones, y resuelva de este modo los inconvenientes generados en materia de coordinación y metodología. Ambos informes tienen, asimismo, el valor de recoger la opinión y reclamaciones de las asociaciones de víctimas y otros actores sociales y políticos relevantes en el país, a la vez que colocar el caso español en un contexto global, mostrando sus especificidades, pero también sus semejanzas, en relación con procesos de memoria equivalentes en otros lugares del mundo.

(...) Por tanto, la transformación de las circunstancias sociales y políticas, la constatación de la dificultad en la implementación de algunas medidas previstas en el articulado de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, el desarrollo de políticas de memoria autonómicas y la experiencia derivada de ellas, las aportaciones y nuevas demandas del movimiento memorialista y la sociedad civil, el avance global de las culturas y prácticas de los derechos humanos, y las valoraciones concretas de la Ley realizadas por ONGs prestigiosas en el ámbito de los derechos humanos y organismos internacionales como las Naciones Unidas, aconsejan ajustes significativos en el marco legislativo estatal, que se plasman en la presente Ley. En definitiva, se trata de articular una respuesta del Estado para asumir los hechos del pasado en su integridad, rehabilitando la memoria de las víctimas, reparando los daños causados y evitando la repetición de enfrentamientos y cualquier justificación de regímenes totalitarios.”

En este contexto se hace necesario precisar que:

1º.- El Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas se creó por Resolución, nº 20 de 29 de febrero de 1980, de la Comisión de Derechos Humanos de ONU. En la página web del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de ONU puede leerse:

“El Grupo de Trabajo llama la atención a los Gobiernos y a las organizaciones no gubernamentales sobre diferentes aspectos de la Declaración y hace recomendaciones sobre cómo superar los obstáculos para el cumplimiento de sus disposiciones. En esta capacidad, el Grupo de Trabajo tiene una función preventiva, la cual se lleva a cabo mientras se realizan visitas a países donde se proporciona asistencia, si así se solicita...”

El 23 de diciembre de 2010, la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas entró en vigor y con ella se estableció el Comité contra las Desapariciones Forzadas. Al igual que para muchos otros temas de derechos humanos, el Comité contra las Desapariciones Forzadas y



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias coexisten lado a lado y buscan colaborar y coordinar sus actividades con el fin de fortalecer los esfuerzos conjuntos para prevenir y erradicar las desapariciones forzadas”.

La Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas fue suscrita por España e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico el 23/12/2010. En efecto, el instrumento de ratificación publicado en el BOE de 18/2/2011 especifica que la Convención fue firmada el 27/9/2007, que con fecha de 24/9/2009 tuvo lugar la manifestación de consentimiento y que la entrada en vigor se produjo el 23/12/2010.

A ello cabe añadir que conforme a lo dispuesto en el artículo 96 CE que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.

Mención especial merece el preámbulo de la Convención donde, además de recordar otros instrumentos internacionales y la obligación de *los Estados de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales*, se señala que los Estados parte de esta convención, *decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada*, han convenido los siguientes artículos.

Resulta evidente, pues, que la entrada en vigor de la Convención que, por lo que hace a España se produce el 23/12/2010, en su articulado se proyecta a futuro porque ningún otro significado puede otorgarse a una declaración expresa en ese sentido, corroborada además por la finalidad preventiva perseguida por la Convención y por lo sancionado por la Constitución.

La insistencia en esta esencial cuestión deriva de la constatación de que la negación de tal extremo o la separación del mismo por una lectura sesgada o distraída del citado instrumento internacional choca frontalmente con el principio de seguridad jurídica que tiene rango constitucional (artículo 9.3) y respecto del que ha declarado con insistencia el Tribunal Constitucional que *“la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad de la norma, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad.”*



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

Por ello la llamada que hace el artículo 2.2 del Anteproyecto, bajo la rúbrica de *“Principios generales”*, a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE no reporta valor añadido al texto, es sobradamente conocida, reconocida y aceptada la obligatoriedad de la primera norma de nuestro ordenamiento jurídico que es un edificio completo y en cuya compartimentación encuentran hueco las interpretaciones intencionadas.

Por otra parte, el artículo 26 de la citada Convención prevé la constitución de un Comité contra las desapariciones forzadas y el artículo 29 establece una clara obligación para los estados firmantes:

“Cada Estado Parte presentará al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe relativo a las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate”.

En el marco de este compromiso, y con ocasión de la evaluación a la que se sometió el Estado español, el Comité de desapariciones forzadas asumió el informe realizado por el Grupo de Trabajo y las recomendaciones que el mismo contenía. Se obviaron así las alegaciones que se hicieron por las autoridades gubernativas españolas sobre el momento que entró en vigor la Convención, su convivencia con el ordenamiento jurídico interno del que forma parte la Ley 46/77, de 15 de octubre, de Amnistía y las notables implicaciones que en esta materia tienen los principios de seguridad jurídica, legalidad e irretroactividad.

Sin embargo, esa omisión no debe reproducirse ahora y menos aún hacerlo con la intención de convertirla en argumento sólido con el que debilitar los cimientos del Estado de Derecho que se dibuja en el Título Preliminar de la Constitución Española, cuyo artículo 9.3 dispone que *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.*

Y es que no debemos perder de vista que las recomendaciones del Grupo de Trabajo no suponen la constatación de inobservancia por el Estado Español de la Convención de 2010, sino justamente lo contrario dado que la propia Convención establece en su artículo 34 que:

“Si el Comité recibe información que, a su juicio, contiene indicios bien fundados de que la desaparición forzada se practica de forma generalizada o sistemática en el territorio bajo la jurisdicción de un Estado



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

Parte, y tras haber solicitado del Estado Parte interesado toda la información pertinente sobre esa situación, podrá llevar la cuestión, con carácter urgente, a la consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio del Secretario General de las Naciones Unidas.”

Ello debe ser completado con lo establecido en el artículo 35 de la Convención: “1. 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.

2. Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado.”

2º.- D. Pablo de Greiff fue designado primer Relator Especial por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2011 para el fomento de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de crímenes y violaciones graves de los derechos humanos. Concebido como instrumento para hacer más visibles las cuestiones relacionadas con la justicia transicional, el objeto de su mandato se enmarca “En situaciones de transición desde un conflicto o desde un régimen autoritario durante los cuales se han producido violaciones graves de los derechos humanos así como violaciones flagrantes del derecho internacional humanitario”.

El concepto jurídico de “justicia transicional” es producto de diversos estudios académicos estadounidenses que lo usaron para aludir a las diferentes maneras que tenían los países de solventar los problemas que se les presentaban a la hora de afrontar una transición y referido a países de América Latina y de la Europa de Este. Su incorporación al mundo jurídico adquiere carta de naturaleza en el año 1988 con ocasión de una Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que después tuvo acogida en diversas providencias del TEDH y del Comité de Derechos Humanos de ONU. Nótese que para esa fecha ya hacía 10 años que España había completado su transición desde un régimen dictatorial a un sistema democrático que culminó con la promulgación de la Constitución del 78.

Los principios recogidos y señalados como generales en el artículo 2.1 del Anteproyecto “verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición” como inspiradores del texto fueron objeto de una formulación más tardía, concretándose en la última década del siglo pasado y primera del actual. Así, el 3 de agosto de 2004



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a través de su Secretario General, emitía informe sobre *“El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”*. El informe es producto de la sesión del Consejo de Seguridad celebrada el 26 de enero de 2004 relativa a la *“Reconciliación nacional después de los conflictos: el papel de las Naciones Unidas”*. Las palabras usadas en el resumen del citado informe contextualizan perfectamente, no sólo la misión a asumir por Naciones Unidas en tales procesos, sino la aspiración misma de la justicia de transición:

“Durante los últimos años las Naciones Unidas han venido prestando cada vez más atención a las cuestiones relativas a la justicia de transición y el Estado de derecho en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, lo que ha permitido extraer importantes conclusiones sobre nuestras actividades futuras. El éxito dependerá de diversos factores de importancia crítica, entre los que se encuentra la necesidad de llegar a un fundamento común para las normas y reglas internacionales y de movilizar los recursos necesarios para invertir de modo duradero en la justicia. También debemos aprender a no recurrir a fórmulas únicas, iguales para todos, y a no importar modelos extranjeros para fundarnos, en cambio, en la evaluación, la participación y las necesidades y aspiraciones de los propios países. Mediante estrategias eficaces se tratará de impulsar tanto la capacidad técnica para la reforma como la voluntad política de ponerlas en marcha...

En otros casos, la comunidad internacional se ha lanzado a prescribir una fórmula específica de justicia de transición, haciendo hincapié bien en los juicios penales o en la búsqueda de la verdad, sin dar la oportunidad a las víctimas y los grupos del país a que consideren y decidan cuál es el punto de equilibrio adecuado. La comunidad internacional debe ver en la justicia de transición algo que va más allá de los juzgados y tribunales. Los problemas que se plantean después de los conflictos hacen necesario optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho.”

La justicia transicional no responde a un modelo único por así exigirlo su propia naturaleza, encaminada siempre a posibilitar un tránsito pacífico desde regímenes autoritarios a otros donde el imperio de ley defina la organización jurídico-política de una sociedad y por tanto condicionada por el contexto social, institucional e histórico del momento en que tal tránsito se acomete. Como creación específica para atender una situación concreta, en la evolución de la justicia transicional se pueden apreciar dos enfoques diferentes,



Consejo Fiscal

Vocales

*Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales*

uno retributivo y otro restaurativo, centrándose el primero en las medidas judiciales y legales, y el segundo en la reconciliación y la voluntad de fortalecer la cohesión social. La combinación de uno y otro, así como su proporcionalidad varían para dar lugar a una transición particular en cada sitio del mundo en función de sus circunstancias concretas.

De todo ello se derivan dos importantes conclusiones. Primera, que el modelo que dibuja el Anteproyecto no puede calificarse como modelo concreto de justicia transicional por la evidente desconexión temporal con los acontecimientos sobre los que pretende proyectarse. Así además lo evidencia el hecho incontestable de la plena instauración de un Estado de Derecho en España con la promulgación de la Constitución de 1978 y su mantenimiento y fortalecimiento a lo largo de los más de 40 años que nos separan de aquella fecha. Y, segunda, que es absolutamente contrario a la norma y usos jurídicos, nacionales e internacionales, pretender el examen de esa transición a la luz de principios cuya formulación y común aceptación es posterior a la misma, por sólidos que tales principios sean hoy.

3º.- Tanto el informe del Grupo de Trabajo contra las desapariciones forzadas como el del Relator Especial recogen entre sus recomendaciones la necesidad de derogar la Ley de Amnistía, y ambos bajo el epígrafe "Justicia" como presupuesto de las investigaciones judiciales que pretendan iniciarse en esta materia. Así dice el primero

"cc) Adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto a la interpretación judicial dada a la Ley de Amnistía de 1977;"

Y el segundo:

"q) Valorar las alternativas y privar de efecto las disposiciones de la Ley de Amnistía que obstaculizan todas las investigaciones y el acceso a la justicia sobre violaciones graves de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y el franquismo;"



Consejo Fiscal

Vocales

*Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales*

La disposición derogatoria única contenida en el Anteproyecto no se refiere a la Ley 46/77, de 15 de octubre, de Amnistía, como tampoco lo hace la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que en el apartado dedicado a “Normas que quedan derogadas” señala que *“Se derogan la Ley 52/2007, las disposiciones adicionales trigésima tercera y trigésima sexta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, así como el aparato normativo que servía de base al modelo de gestión actual del Valle de los Caídos.”*

Ni siquiera opta el Anteproyecto por la derogación parcial o modificación del artículo 2. e) y f) de la Ley de Amnistía como sugería el Relator Especial en su informe. Sin embargo, el texto del Anteproyecto es lo suficientemente ambiguo para cobijar interpretaciones alternativas sobre el instituto de la amnistía como el recogido en el informe del Relator Especial que oferta la siguiente vía:

“Aun en países que no han derogado leyes de amnistía, algunos tribunales han encontrado interpretaciones tanto de esas leyes como de los principios relevantes (legalidad, no retroactividad) que no han impedido la investigación y el procesamiento de presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto se basa, por ejemplo, en que muchas amnistías suspenden la responsabilidad penal, pero su aplicación requiere una determinación judicial (como indica la Ley 46/1977, art. 9). Es decir, conceder los beneficios de la amnistía requiere al menos una investigación de los hechos, pues de otra manera no hay responsabilidad alguna que se pueda suspender o extinguir.

Nada en la Ley vigente impide expresamente el desarrollo de investigaciones. Por el contrario, el artículo sexto de la Ley 46/1977 establece que “[l]a amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio”. El acto de extinción de la responsabilidad criminal sólo podrá realizarse una vez determinados los hechos, las responsabilidades y las penas, en el marco de una investigación judicial. O, al menos, no hay nada en el texto de la Ley que impida intentar llegar a tal determinación.



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

Segundo, la Ley 46/1977 dispone amnistías para una serie de delitos y el artículo segundo, apdos. e) y f), se refiere específicamente a delitos cometidos por “funcionarios y agentes del orden público” y “con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley”. El Relator Especial recalca que sólo podrá aplicarse la amnistía cuando las autoridades judiciales hayan primero determinado si los presuntos responsables eran funcionarios y agentes el orden público, o no, y si los delitos fueron cometidos en las circunstancias descritas. Esto no puede presuponerse, sólo puede establecerse a través de investigaciones, aunque sean preliminares, que cuenten con la oficialidad, el rigor y metodología que caracteriza las investigaciones judiciales”

A propósito de la derogación de la Ley de Amnistía señaló la STS 27/2/2012:

“En otro orden de cosas, ha de recordarse que la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. Esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/77 de Amnistía.

La citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha. Fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada "transición" española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la "transición" fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art.1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes.



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

La idea fundamental de la "transición", tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía. Conseguir una "transición" pacífica no era tarea fácil y qué duda cabe que la Ley de Amnistía también supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento.

Precisamente, porque la "transición" fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento".

4º.- En cualquier caso, resulta relevante tanto del Anteproyecto como del informe propuesto por la Secretaría Técnica que ninguno de ellos alude a las cuestiones esenciales señaladas por el Tribunal Supremo como impeditivas para el desarrollo de investigaciones penales en torno a los hechos violentos cometidos durante el período temporal que se concreta en el Anteproyecto, determinantes todas ellas de la extinción de la responsabilidad penal: prescripción, muerte del reo y amnistía.

Al respecto, la STS 27 de febrero de 2012 en su Fundamento de Derecho Segundo dice:

"En nuestro sistema de enjuiciamiento penal es preciso tener en consideración las causas de extinción de la responsabilidad penal. En determinados casos, el legislador ha dispuesto que, pese a la posible existencia de un hecho que reviste caracteres de delito, la responsabilidad penal no puede ser declarada. Son los previstos en el artículo 130 del Código Penal, esto es y en lo que ahora interesa, la muerte del reo y la prescripción del delito; también la amnistía, según estaba previsto en el art. 112.3 del Código penal de 1973 . Se trata de supuestos en los que el Estado, a través de la ley, dispone limitaciones a la actuación jurisdiccional por extinción de la responsabilidad penal."

Se elude así el debate sobre cuestiones que en nuestro derecho impiden el enjuiciamiento; pero no acaban aquí las omisiones, entendemos que deliberadas, y conectamos lo dicho en este apartado con lo que se dirá



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

en el siguiente a propósito de la tipicidad e irretroactividad de las normas penales o sancionadoras salvo que resultaran más favorables.

5º.- En efecto, contemplemos por un momento que el procedimiento penal podría ponerse en marcha tras superar el obstáculo de la prescripción de los delitos objeto del mismo por la consideración de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 24 de abril de 1977. Para ello es preciso conferir a este instrumento efecto retroactivo, lo que es absolutamente improcedente a luz de la regulación contenida en nuestra Constitución respecto a la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno y de los principios de legalidad e irretroactividad de normas penales o sancionadoras, salvo que resulten más favorables. A esta cuestión también se refiere la STS de 27/2/2012 cuando señala que:

“Además, como dijimos, la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente. Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art.9,3 CE), salvo que su contenido fuera más favorable...”

Ciertamente se ha discutido por algún sector doctrinal, e incluso algunos países han acogido una construcción de la prescripción de los delitos en la que manteniendo su naturaleza de derecho sustantivo, por afectar a la teoría del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal, despliega unos efectos procesales, entendiéndose que sería de aplicación la regla del "tempus regit actum". En este sentido la nueva norma de prescripción sería de aplicación al momento procesal en el que actúa. Sin embargo, ese no ha sido el criterio de la doctrina penal y la jurisprudencia española que ha considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable.

Por lo tanto, aún cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art.9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código Penal.”



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

Ello no obstante se parte de la consideración de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad mediante la técnica de no hacer alusión a tal cuestión, y omitidas resultan también las otras dos causas de extinción de la responsabilidad penal antes señaladas, la amnistía y la muerte de los presuntos responsables, y la consecuencia es la posibilidad de iniciar procedimiento penal en averiguación de todas las circunstancias del delito y sus autores. Queda ahora por determinar los tipos penales en los que subsumir los hechos investigados, encontrándonos entonces con un nuevo obstáculo: la inclusión de los delitos de lesa humanidad en nuestro Código Penal, concretamente en el artículo 607 bis, data del año 2004, completado después con sucesivas modificaciones del texto inicial.

Es decir en el momento en que sucedieron los hechos que se quieren enjuiciar penalmente no se contemplaban los mismos como típicos y punibles, lo que nos remite nuevamente al principio de legalidad. Ya la STS de 27/2/2012 señalaba sobre esta cuestión que:

"En este sentido, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha conformado una concepción estricta del contenido esencial del principio de legalidad con las consecuencias que su observancia comporta en orden a la lex previa, lex certa, lex stricta y lex scripta . El Código Penal español dedica sus cuatro primeros artículos a configurar el principio de legalidad, desarrollando los arts. 25,1 y 9,3 de la Constitución y cualquier repertorio jurisprudencial revela esta configuración estricta del principio. Estas exigencias no son extrañas al ordenamiento internacional, pues fueron también adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Así, declaró la irretroactividad del Pacto para los casos de desapariciones en Argentina (Resolución nº 275/1988: Argentina 04/04/90 y 343, 344 y 345/1988 Argentina de 5 de abril de 1990). "Con respecto a la aplicación ratione temporis del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede ratione temporis examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado..."

En el mismo sentido de vigencia del principio de legalidad, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos Kolk y Kislyly contra Estonia de 17 de enero de 2006 , profusamente citada por el acusado, si bien declara ajustada al Convenio Europeo de Derechos Humanos la condena dictada contra los acusados de nacionalidad rusa participantes en delitos contra la humanidad durante la ocupación soviética, lo realiza partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron, por lo tanto concedores de su



Consejo Fiscal

Vocales

*Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales*

vigencia y capaces de ordenar su conducta a las exigencias impuestas por el mencionado principio de legalidad.”

Pero no solo la citada sentencia del Tribunal Supremo reparó en esta falta de tipificación, y así resultan muy ilustrativas, también en este punto, las debilidades que se señalaban en el Informe del Grupo de Trabajo sobre tal cuestión:

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

El proyecto de ley de reforma del Código Penal representa un avance importante pues eleva las penalidades de los delitos mencionados en los párrafos precedentes, equiparándolos al homicidio. Sin embargo, no incluye la tipificación de la desaparición forzada de manera autónoma. El Grupo de Trabajo aprecia la manifestación del Gobierno, indicando que los grupos parlamentarios podrían incluir la tipificación autónoma del delito de desaparición forzada y que en la actualidad se está estudiando la regulación autónoma del delito de desapariciones forzadas.

Las autoridades han informado que el artículo 607 bis del Código Penal bajo la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad” recoge la tipificación de los crímenes contra la humanidad tal y como están definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esta inclusión en el Código Penal es bienvenida al tipificar como delito la desaparición forzada cuando se da en el contexto de un ataque generalizado contra la población civil.”

Se pretende entonces mirar a los tipos comunes contra la vida, la integridad física y moral y la libertad para después aplicarles, señaladamente a estos últimos, la doctrina de la prescripción propia de los delitos permanentes, lo que supone que el plazo de prescripción no comienza a correr hasta que cese la situación de detención/desaparición bien porque se hallaron los restos mortales de la persona detenida/desaparecida y fueron convenientemente identificados o bien porque la persona detenida/desaparecida sea hallada con vida (definición propia de la Convención de 2010). Tal posibilidad resulta, sencillamente, insostenible desde el punto de vista jurídico por cuanto supone la construcción *ad hoc* de un conjunto normativo para la exigencia de responsabilidades penales específicamente diseñado para hacer factible lo imposible.

6º.- Pese a que la Exposición de Motivos del Anteproyecto se refiere a la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 17/3/2006 como instrumento de “*especial importancia en la profundización de la dimensión europea e internacional de la memoria democrática en España*” y a la que considera precursora de la Ley 52/2007 de Memoria Histórica, destaca que en su articulado se atiende solo a parte de las recomendaciones que entonces se dirigieron al Estado español. Haciendo especialmente dejación de aquellas que hablan de:

“Poner en marcha una comisión nacional de investigación sobre las violaciones de los Derechos Humanos por el régimen franquista, y que esta presente el correspondiente informe ante el Consejo de Europa”



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

“Las autoridades españolas deberían permitir e los historiadores y a los investigadores el libre acceso a la totalidad de los archivos públicos o privados, civiles o militares, susceptibles de contener documentos que puedan contribuir al restablecimiento de la verdad sobre la represión bajo el régimen franquista”

“El Gobierno español debe ser instado a crear una comisión de historiadores para el esclarecimiento de los hechos, la revisión de la enseñanza de la Guerra Civil en la escuela y a contemplar la instalación”

Los años 80 vieron en España una explosión de los trabajos de investigación detallada que tenían por objetivo reconstruir la historia de la represión... Estas investigaciones históricas, que prosiguen en la actualidad, constituyen el trabajo necesario de rememoración de la guerra civil y su largo epílogo.

El trabajo de los historiadores es absolutamente esencial para que sean tomadas públicamente en cuenta el conjunto de testimonios que no podrían producirse bajo la dictadura, ni tampoco en las condiciones particulares y precarias de la transición hacia la democracia, a finales de los años 70.”

Y resulta significativo por los que expondremos en siguiente apartado que la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria no contenga expresión alguna sobre la conveniencia de proceder a las reformas legislativas necesarias para la investigación penal de los hechos que la misma Recomendación condena.

Antes al contrario, pondera la transición realizada en España en atención al contexto en que se produjo, señalando como la Ley de Amnistía propició el tránsito pacífico basado en el olvido como condición inescindible y remarcando como tres años después de la muerte de Franco España se había convertido en una monarquía parlamentaria plenamente democrática.

II. Modelo de Investigación.

Delimita el artículo 1 del Anteproyecto el “Objeto y finalidad” de la ley:

1. La presente ley tiene por objeto la recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática, como conocimiento de la reivindicación y defensa de los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales a lo largo de la historia contemporánea de España, con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales.

2. Asimismo, es objeto de la ley el reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e



Consejo Fiscal

Vocales

*Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales*

identidad sexual, durante el período comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978, así como promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva, adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre la ciudadanía y promover lazos de unión en torno a los valores, principios y derechos constitucionales.

3. En afirmación de los principios y valores democráticos y la dignidad de las víctimas, forma parte del objeto de esta ley el repudio y condena del golpe de Estado del 18 de julio de 1936 y la posterior dictadura. “

Después, en el Título II, el Capítulo I “Del Derecho de las víctimas a la verdad”, establece en el artículo 14 que “A efectos de esta ley, se reconoce el derecho de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, a la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de los motivos y circunstancias en que se cometieron las violaciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra y de la Dictadura y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero.” En el mismo artículo se dice que corresponde a la Administración General del Estado impulsar las investigaciones.

Y a continuación se regula en la Sección 1ª la localización e identificación de personas desaparecidas, estableciéndose que es tarea de la Administración General del Estado la búsqueda de tales personas, que se regulará reglamentariamente la forma de su realización, de acuerdo con planes plurianuales, protocolos de actuación y la confección de mapas de localización de personas desaparecidas, con la necesaria colaboración entre las distintas administraciones públicas, mediante el correspondiente procedimiento administrativo. Es especialmente significativo, también, la previsión de la creación de un Banco Estatal de ADN de víctimas.

El artículo 22 establece la obligación para toda persona que de manera casual descubra restos que pueda corresponder a personas desaparecidas de ponerlo en conocimiento de la autoridad administrativa, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Ministerio Fiscal o del Juzgado.

Similar previsión contiene el artículo 23 para los hallazgos que sean resultado de una intervención, que deberán ser inmediatamente puestos en conocimiento de la autoridad administrativa, Ministerio Fiscal o del Juzgado.



Consejo Fiscal

Vocales

*Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales*

Lo que no dice ninguno de tales preceptos es qué objeto tiene tal comunicación al Ministerio Fiscal ni al Juzgado, y respecto a este último si es el de guardia y por tanto de la jurisdicción penal, o correspondiente a cualquier otra jurisdicción. La única función que aparece delimitada en este precepto es la que atribuye al Ministerio Fiscal consistente en promover la inscripción de fallecimiento conforme a la legislación correspondiente.

Termina la Sección 1ª con el artículo 25, que contiene la siguiente previsión: *“La Administración General del Estado pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de indicios de comisión de delitos que se aprecien con ocasión de las localizaciones e identificaciones a que se refiere esta ley.”*

El objeto de esta comunicación, como sucedía con los artículos 22 y 23, no se explicita en el artículo 25, pero nos encontramos en el marco de un procedimiento administrativo para la localización e identificación de personas desaparecidas, al que es de aplicación en lo no previsto especialmente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas según declara el artículo 19; procedimiento en el que el Ministerio Fiscal no tiene intervención alguna, por lo que se ignora qué se espera con esa comunicación de *indicios de comisión de delito* precisamente a quien ejerce a través de la acción pública el *ius puniendi* del que es titular el Estado, si es que se pretende por el legislador que el Ministerio Fiscal ejercite la acción penal en averiguación de ese delito y de las personas responsables.

Por su parte, la Disposición Final 1ª modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. La modificación afecta al artículo 20 para incluir al Fiscal de Sala en materia de memoria democrática y derechos humanos (que crea el artículo 29 del Anteproyecto), al que atribuye entre otras funciones la de *“ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o a través de instrucciones, exigiendo las responsabilidades que procedan, cuando se refiera a hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, siempre que pudieran ser constitutivos de delito. Así como facilitar u coordinar los instrumentos de cooperación internacional para la reparación de las víctimas”*.

Tras dedicar la Sección 2ª a Archivos y documentación, el Capítulo II *“De la Justicia”* contiene dos artículos que suscitan más dudas que certezas, sobre todo a la luz de lo anteriormente transcrito. Se trata de dos artículos de regulación escueta y fragmentada.



Consejo Fiscal

Vocales

*Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales*

En efecto, el artículo 29 *crea una Fiscalía de Sala para la investigación de los hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario*, a la que además *atribuye funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización.*

El Anteproyecto presenta una clara ambigüedad respecto de las funciones que debe asumir el Ministerio Fiscal, pues en su Disposición Final Segunda parece decantarse por un modelo de investigación en el marco de un procedimiento penal, imponiendo al Ministerio Fiscal a través de la reforma de su Estatuto Orgánico el ejercicio de la acción pública cuando existan indicios de delito, pero no resulta así del texto articulado en el propio Anteproyecto.

Ello genera una importante confusión, que debe rechazarse en cuanto da falsas expectativas a las asociaciones y familiares de víctimas, y facilita la instrumentalización del Ministerio Fiscal.

No puede sostenerse que la investigación en la que en su caso deba intervenir el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y de los derechos humanos se orienta al mecanismo de justicia restaurativa, ya que este ni siquiera forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Cierto es que el Anteproyecto de LECrim se refiere a la justicia restaurativa como uno de los modos especiales de terminación del procedimiento ofreciendo una regulación al efecto. Pero por obvio que sea, parece necesario recordar que el Anteproyecto de LECrim no es el ley vigente, que está pendiente de los informes preceptivos del Consejo Fiscal y CGPJ, sometido a trámite de información pública, pendiente de tramitación parlamentaria y una vez que sea aprobado y publicado en el BOE el propio texto prevé una *vacatio legis* de seis años.

Si el legislador estaba pensando en tal posibilidad hubiera podido introducir una Disposición Final 3ª, reguladora del mecanismo de justicia restaurativa, para dotarlo de sustento jurídico, huérfano como está del mismo en nuestro Derecho vigente. Esa es precisamente la decisión que ha tomado para la introducción de un nuevo Capítulo en el Título II de la Ley de Jurisdicción Voluntaria para la declaración judicial de hechos pasados.

Ello apuntala la conclusión a la que llegábamos más arriba, la indefinición interesada que propicie un desgaste del Ministerio Fiscal sea cual sea la decisión que tome. Si el legislador desea afrontar el proceso de



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

datación histórica de los hechos acontecidos durante la Guerra Civil y la dictadura debe hacerlo en el seno de una investigación académica a la que ya se refería la STS de 27/2/2012, con los mismos razonamientos posteriormente acogidos por la STS de 17/2/2021:

“Como hemos señalado, el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho. Las exigencias de contradicción efectiva, de publicidad, de igualdad de partes, de oralidad, la disciplina de garantía de la prueba, el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, etc, como notas características del sistema penal de enjuiciamiento, se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica de un hecho tan poliédrico como el de la guerra civil y la subsiguiente posguerra.

Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados. El método de investigación judicial no es el propio del historiador. En definitiva, si son patentes las diferencias entre memoria e historia, también lo son las que existen entre ésta y las resultantes de una indagación judicial realizada con una finalidad distinta de la que persigue el historiador.

La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción, cuya función aparece definida en la ley procesal con un objeto de indagación que se va concretando en el devenir procesal y ve limitado su ejercicio por las normas que rigen el proceso penal y el derecho penal sustantivo. Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo.

Los métodos de indagación del juez de instrucción no tienen nada que ver con el proceso investigador del historiador. No procede mezclar la verdad histórica con la forense, pues la histórica es general e interpretable, no está sometida a la perentoriedad de términos y plazos y, con frecuencia, precisa de cierta distancia temporal para objetivar su análisis. La judicial, por el contrario, se constriñe a un hecho, impone unas consecuencias con carácter coercitivo, está sometida a requerimientos temporales y formales y es declarada con observancia de las garantías propias y se refiere a la depuración penal de una responsabilidad exigida desde una acusación.”



Consejo Fiscal

Vocales

*Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales*

Este pasaje contenido en el Fundamento de Derecho Primero señala de manera acertada el camino verdaderamente eficaz a fin de proporcionar a las víctimas la reparación debida colmando su derecho a la verdad que además tiene una dimensión colectiva.

Por ello debe hacerse una valoración positiva de la regulación prevista en orden a que la Administración General del Estado satisfaga el derecho de las víctimas a la verdad: mecanismos de financiación y ayudas para búsqueda de personas desaparecidas, hallazgo de fosas, mapa integrado de localización de personas desaparecidas, procedimiento para la localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas, con fijación de protocolos de actuación, así como la creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas.

Sin embargo, debe rechazarse el texto, devolviéndolo al Ministerio a fin de que el Anteproyecto abandone la calculada ambigüedad proyectada sobre las funciones del Ministerio Fiscal, debiendo considerar, además, que el modelo de investigación jurídico-penal es imposible en nuestra legislación actual, va abocado al fracaso, por lo que deben suprimirse las referencias al Ministerio Fiscal y las funciones que a nuestra Institución se encomiendan, careciendo en este contexto absolutamente de sentido la creación de una Fiscalía de Sala.

III. Conclusiones.

1ª) La sociedad y, en especial, las víctimas de la guerra y la dictadura tienen derecho a conocer la verdad histórica. Los denominados juicios de la verdad, sin embargo, no forman parte del proceso penal. Corresponde al Estado, a través de organismos y procedimientos de todas las disciplinas y profesiones - especialmente historiadores-, ajenos a la investigación penal, la búsqueda de la verdad. Las normas que rigen en el derecho penal impiden la investigación judicial.

2ª) La redacción confusa, calculadamente ambigua y contradictoria del Anteproyecto debe ser rechazada en cuanto da falsas expectativas a las asociaciones y familiares de víctimas y facilita la instrumentalización del Ministerio Fiscal. Por ello, en este contexto, la creación de una Fiscalía de Sala resulta absolutamente innecesaria.

3ª) Las personas físicas y asociaciones que representan a familiares de desaparecidos y fallecidos durante la guerra civil española y los años de posguerra tienen derecho al descubrimiento de la verdad, a conocer su situación, el lugar de enterramiento y las circunstancias de su fallecimiento. La Administración General del



Consejo Fiscal

Vocales

*Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales*

Estado debe poner todos los recursos necesarios para satisfacer el derecho a la verdad, realizando investigaciones eficaces y garantizando recursos efectivos y de reparación.

En Madrid, a 29 de abril de 2021

Los Vocales electivos de la lista de la Asociación de Fiscales

Concepción Talón Navarro

Juan Andrés Bermejo Romero de Terreros

Juan Francisco Ríos Pintado

María Rosario Lacasa Escusol

María Rosa Rubio Ramos