

Revista del Ministerio Fiscal

n° 13, 2024

Fiscalía General del Estado



Ministerio
Fiscal



tirant
lo blanch

La investigación de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho unternacional humanitario

Revista del Ministerio Fiscal, año 2024, número 13

Directora de este número:

Dolores Delgado García

Fiscal de Sala Coordinadora de Derechos Humanos y Memoria Democrática

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

Álvaro García Ortiz, Fiscal General del Estado

Ana Isabel García León, Fiscal de Sala Jefa de la Secretaría Técnica

Esmeralda Rasillo López, Fiscal de Sala Jefa de la Unidad de Apoyo

María Isabel Gómez López, Vocal del Consejo Fiscal

Yolanda Ortiz Mallol, Vocal del Consejo Fiscal

Jesús Alonso Cristóbal, Fiscal de Sala de la Audiencia Nacional

Juan Antonio Pozo Vilches, Fiscal Togado de la Sala V

Carlos Mas González, Jefe del Área de Gestión de la Información

NIPO: 149240079

ISSN: 2530-0113

Edita

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas 14, 46010 Valencia

www.tirant.com

La investigación de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario



Número 13
2024





Índice

Presentación

Dolores Delgado García

8

Evolución de la justicia penal internacional: desde Núremberg a la Corte Penal Internacional

Meritxell Regué Blasi

12

1. Nacimiento y evolución de la justicia penal internacional
2. Desde Núremberg hasta los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda
3. La Corte Penal Internacional
4. Evolución de la jurisprudencia y reflexión

El derecho internacional humanitario. La protección de las víctimas en caso de conflicto armado

Juan Pozo Vilches

26

1. Introducción
2. *Ius ad bellum* y *ius in bello*
3. Los principios generales del DIH
4. Ámbito de aplicación del DIH
5. Principios generales de los enfrentamientos

La jurisdicción universal

Dolores Delgado García

48

1. Introducción
2. La jurisdicción universal como principio de solidaridad universal
3. Debates en torno al principio de justicia universal
4. Evolución de la regulación de la jurisdicción universal en España
5. Necesidad de un nuevo planteamiento de la jurisdicción universal en nuestro país
6. La jurisdicción universal cooperativa e interestatal: una nueva dimensión de la justicia universal
7. La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos internacionales
8. Conclusión: una propuesta de reforma legislativa

La Ley de Memoria Democrática

58

Fernando Martínez López

1. La asimetría en el tratamiento de las víctimas de la guerra de España y la dictadura franquista
2. Las políticas de memoria en España desde la Transición hasta la Ley de Memoria de 2007
3. La Ley de «Memoria Histórica» de 2007
4. La Ley de Memoria Democrática de 2022

El Ministerio Fiscal en la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática

72

Virginia García Aller

1. Introducción: una nueva especialidad en el Ministerio Fiscal
2. ¿Por qué derechos humanos y memoria democrática?
3. El marco competencial de la unidad especializada de derechos humanos y memoria democrática
4. El concepto de víctima en la LMD
5. La investigación de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario
6. El hallazgo de restos mortales de víctimas de desaparición forzada
7. La personación de las asociaciones memorialistas y de víctimas en el proceso penal
8. La jurisdicción civil: el nuevo expediente de jurisdicción voluntaria relativo a declaraciones judiciales hechos pasados
9. Competencias en materia de registro civil
10. La jurisdicción contencioso-administrativa
11. Competencias en materia de tutela y reparación de las víctimas
12. Conclusión: un modelo constitucional de Ministerio Fiscal

Ministerio Fiscal e investigación no penal de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos

100

Manuel Campoy Miñarro

1. Introducción
2. Función del Ministerio Fiscal en la investigación de las violaciones de derechos humanos
3. Memoria democrática
4. Reconocimiento y protección a las víctimas del terrorismo
5. Dictámenes de Comités de Naciones Unidas
6. Tribunal Europeo de Derechos Humanos
7. Asilo, refugio y protección internacional
8. Tribunal de Justicia de la Unión Europea
9. Conclusión

El reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia: un referente de nuestras experiencias para seguir avanzando en la construcción de una paz justa, estable y duradera

Digna Isabel Durán Murillo

Sebastián Peñuela Camacho

112

1. Introducción
2. Principales marcos jurídicos para el reconocimiento de los derechos de las víctimas en Colombia: Ley de Desplazamiento Forzado (Ley 387 de 1997), Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011)
3. La experiencia de los Centros de Atención Penal Integral a Víctimas (CAPIV): una atención integral e interinstitucional para la garantía de los derechos de las víctimas
4. El Plan Nacional de Búsqueda de la Fiscalía General de la Nación: la búsqueda de personas dadas por desaparecidas como una acción de garantía de los derechos de las víctimas
5. El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR): mecanismos judiciales y extrajudiciales para el reconocimiento de los derechos de las víctimas
6. Conclusiones

La investigación de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario

Presentación

DOLORES DELGADO GARCÍA
Fiscal de Sala Coordinadora de Derechos Humanos y Memoria Democrática

Los derechos humanos son uno de los más importantes logros de la civilización. Tienen su fundamento en el reconocimiento de la dignidad intrínseca a todo ser humano, sin diferencia alguna, y constituyen el presupuesto y pilar de los valores de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tal y como afirma el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

De conformidad con la Resolución 60/251 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de abril de 2006, y por la que se constituye el Consejo de Derechos Humanos, estos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, debiendo tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

Los derechos humanos forman parte de la esencia de la democracia y, al tiempo, operan como control y límite del poder. Siguiendo a Ferrajoli, la fusión de derechos humanos y democracia constituye el paradigma del Estado constitucional de derecho. Se establece así el punto de inflexión entre una democracia formal —determinada por *quién* y *cómo* se decide— y una democracia material o sustancial —*qué* se decide—, que implica un horizonte ético, un conjunto de valores encarnados, precisamente, en los derechos humanos, entendiendo por tales los derechos civiles y políticos, pero también los económicos, sociales, culturales y ambientales. La democracia es, pues, forma, pero también sustancia.

Las democracias deben aspirar a ser algo más que la configuración de un orden político, algo más que un mero recipiente ajeno a los principios fundamentales de justicia, igualdad, libertad, dignidad y solidaridad. Las democracias no pueden ser *neutrales*: deben proyectarse hacia todo un sistema de valores inspiradores de la actuación del Estado y de la convivencia social. De esta forma, el sistema democrático se impone límites a sí mismo y, con ello, garantiza las condiciones de su propia existencia.

El derecho internacional de los Derechos humanos, como ordenamiento supranacional, impone también límites a los Estados. A diferencia del derecho internacional convencional, donde los tratados recogen derechos y deberes recíprocos, el DIDH —emanado ya sea del sistema universal, ya de los



sistemas regionales— establece solo obligaciones que los Estados asumen y que consisten, precisamente, en el respeto a estos derechos. Y ello desde una perspectiva tanto negativa —abstenerse de vulnerarlos— como positiva: proteger, amparar y promover su disfrute, así como investigar, perseguir y sancionar sus violaciones.

De la misma manera en que las democracias se refuerzan y legitiman a sí mismas en el respeto a los derechos humanos, los Estados se legitiman en la esfera internacional a través de su compromiso con las normas de DIDH, cuyo fundamento último se encuentra en la idea de solidaridad humana universal y en la existencia de unos principios y valores comunes que se ubican por encima de los intereses particulares de cada Estado.

“Los derechos humanos forman parte de la esencia de la democracia y, al tiempo, operan como control y límite al poder”

Los derechos humanos, por su naturaleza universal y omnicompreensiva, no pueden conocer fronteras. Su protección debe constituir un esfuerzo conjunto, como testimonio de esa solidaridad humana internacional. En palabras de Martha C. Nussbaum, «el sentimiento de afecto cosmopolita hacia todo el género humano constituye nuestra lealtad primaria».

Sin embargo, no podemos caer en la autocomplacencia de presuponer que estamos ante una meta alcanzada, ante un objetivo cumplido. Con cada acto de menoscabo, con cada vulneración de los derechos humanos, estamos permitiendo que se abra una intolerable brecha que amenaza con resquebrajar la convivencia en paz en el mundo. El auge de determinados intereses y derivas políticas e ideológicas que desprecian la supremacía de los derechos humanos constituye un riesgo cierto para la supervivencia del sistema de valores que hemos construido desde el consenso de la comunidad internacional.

Las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario están de triste actualidad: las guerras, los fenómenos migratorios, el crecimiento de las des-

igualdades, la crisis medioambiental, se ceban con extraordinaria virulencia en las personas más desfavorecidas, despojándolas de sus derechos más elementales. Somos testigos del sufrimiento de las víctimas, que se hace patente en los conflictos desatados en los últimos tiempos a nivel internacional. Detrás de cada una de ellas siempre hay una, muchas, innumerables historias personales, familiares y colectivas de incertidumbre, de miedo, de injusticia, de indefensión y de dolor ante las que no podemos mostrarnos indiferentes ni permanecer impasibles.

El derecho internacional contemporáneo ha ido consolidando el reconocimiento a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos de su derecho a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, lo que conlleva la correlativa obligación de los Estados de promover su efectividad.

Estos principios son interdependientes y están interrelacionados. En efecto, las víctimas tienen derecho a conocer las causas y las circunstancias en las que se produjeron las violaciones de sus derechos humanos, un derecho que se proyecta en toda la sociedad, pues, como ha señalado el TEDH¹, aquellas tienen incidencia en intereses más amplios, al afectar a las condiciones de convivencia de la comunidad en su conjunto. Íntimamente vinculado con aquel se encuentra el derecho a la justicia, como realización efectiva de los derechos humanos ante los tribunales y como garantía frente a la impunidad. Por su parte, el derecho a la reparación aparece como una de las claves del sistema, extendiéndose a la reintegración total y efectiva de la víctima en sus derechos, incluidos los morales, y el completo restablecimiento de su honor y dignidad. Las garantías de no repetición, por fin, trascienden el ámbito individual para adentrarse en el marco de lo colectivo, pues operan sobre los mecanismos necesarios para prevenir la producción de nuevas vulneraciones.

Todo ello merece el espacio de reflexión que ofrece la *Revista del Ministerio Fiscal*. No en vano es el Ministerio Fiscal quien está llamado a constituirse ante la ciudadanía en una institución de referencia en materia de protección de los derechos humanos,

1 STEDH El-Masri c. Macedonia.

en cumplimiento de la misión que nos viene encomendada por el art. 124 de la Constitución.

El presente número se dedica monográficamente a la investigación de las violaciones del DIDH y del DIH. A través de las valiosas aportaciones de los/as colaboradores/as —a quienes, desde aquí, quiero agradecer su inestimable participación— se han tratado de aunar distintos espacios de actuación en el ámbito de la justicia, tanto nacional como internacional, de indudable interés.

“De la misma manera en que las democracias se refuerzan y legitiman a sí mismas en el respeto a los derechos humanos, los Estados se legitiman en la esfera internacional a través de su compromiso con el DIDH”

La fiscal de la Corte Penal Internacional, Meritxell Regué Blasi, realiza un recorrido a través de la evolución histórica de la justicia penal internacional, desde su nacimiento con el juicio de Núremberg en 1945 hasta la creación de la CPI con la aprobación del Estatuto de Roma en 1998. Particularmente interesante resulta su reflexión acerca de la importancia de la colaboración entre la Corte y los Estados.

También en el ámbito de la protección internacional, el general consejero togado retirado y ex-fiscal togado de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, Juan Pozo Vilches, nos ofrece una

aproximación general al derecho internacional humanitario, centrado en la protección de las víctimas en los casos de conflicto armado.

El principio de jurisdicción universal, como herramienta esencial de cooperación internacional en la lucha contra la impunidad frente a los crímenes contra la humanidad y los llamados *crímenes internacionales de primer grado*, es también objeto de análisis, proponiéndose una reflexión acerca de la necesidad de abordar un replanteamiento de la cuestión en nuestra legislación nacional.

“El derecho internacional ha consolidado el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, y la correlativa obligación de los Estados de garantizarlo”

Indisolublemente unida a los derechos humanos se encuentra la memoria democrática, pues esta no es sino una manifestación o expresión específica de aquellos, concepción que ha sido ampliamente reconocida por los estándares de derecho internacional contemporáneo. El secretario de Estado de Memoria Democrática, Fernando Martínez López, nos aporta una visión panorámica de la génesis y contenido de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, verdadero cambio de paradigma en la políticas públicas de memoria en nuestro país, que ubica las víctimas como piedra angular de la regulación. Dicha

norma, además, da carta de naturaleza legal a una nueva especialidad en el Ministerio Fiscal con la creación de la figura del Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática. La fiscal adscrita a la Unidad Especializada, Virginia García Aller, entra en el estudio de las distintas funciones que la Ley de Memoria Democrática, en correlación con otras normas del ordenamiento jurídico, encomienda al Ministerio Fiscal.

La protección jurídica de los derechos humanos va mucho más allá de la persecución penal. Por ello resulta de gran interés ofrecer otras ópticas como la de la jurisdicción contencioso-administrativa, de capital importancia al constituir la vía para accionar contra la Administración cuando esta, por acción u omisión, incumple sus obligaciones positivas o negativas. El fiscal de la Audiencia Nacional, Manuel Campoy Miñarro, aborda esta materia, al tiempo que explora nuevas posibilidades de intervención proactiva del Ministerio Fiscal amparadas en el mandato constitucional del art. 124 CE.

“El Ministerio Fiscal está llamado a constituirse ante la ciudadanía en una institución de referencia en materia de protección de los derechos humanos”

Con el fin de compartir otras experiencias internacionales en la investigación de las violaciones del DIDH y del DIH, la Fiscal del Tribunal de la

Unidad de Investigación y Acusación ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Digna Isabel Durán Murillo, y el politólogo Sebastián Peñuela Camacho, nos acercan a la trayectoria de reconocimiento institucional y normativo de los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia, con una especial consideración a su atención inmediata, así como a la búsqueda de personas desaparecidas.

Espero que este número monográfico pueda cumplir con su pretensión de subrayar la importancia de trasladar la defensa de los derechos humanos al centro del debate público, visibilizar el compromiso de la institución del Ministerio Fiscal con su protección y garantía, y aproximar la materia desde una óptica jurídica, no solo a los integrantes de la carrera fiscal, sino también a la propia ciudadanía.

Evolución de la justicia penal internacional: desde Núremberg a la Corte Penal Internacional

MERITXELL REGUÉ BLAS¹
Fiscal de la Corte Penal Internacional

RESUMEN

La justicia penal internacional se fraguó en un momento histórico clave donde era preciso que la comunidad internacional se uniera para decir a voces que las atrocidades de la II Guerra Mundial eran crímenes de tal magnitud que afectaban sus propios pilares y no podían repetirse.

La redacción del Estatuto de Roma y la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional respondieron, más de 50 años después, a una realidad parecida. El contexto actual no es distinto. Es preciso que la comunidad internacional se una y dé su apoyo a la justicia internacional.

Este artículo presenta el nacimiento y la evolución de la justicia penal internacional hasta la creación de la Corte Penal Internacional con la aprobación del Estatuto de Roma en 1998. También pretende describir los rasgos principales del Estatuto y la Corte, así como su jurisprudencia más relevante y ensalzar la necesidad de que la Corte y los Estados trabajen juntos para luchar contra la impunidad.

¹ Meritxell Regué es abogada de la sección de Apelaciones y Coordinación Legal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional desde febrero del 2009. Con anterioridad (desde julio 2004 hasta febrero 2009) Meritxell trabajó como *legal officer* en la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Las opiniones expresadas en este artículo son las suyas propias y no reflejan la posición de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.

1. Nacimiento y evolución de la justicia penal internacional

El derecho penal internacional no ha tenido ni un desarrollo progresivo ni una aplicación constante en su elaboración histórica. Por el contrario, se ha desarrollado y aplicado durante momentos históricos muy concretos, en particular, en los cinco años de postconflicto que siguieron a la II Guerra Mundial (1945-1950), en la década dorada de la justicia internacional penal al término de la Guerra Fría (1992-2002) y en los años siguientes (2002-2010) en los que se recogerían los frutos de esta última.

La justicia penal internacional nació con los juicios de Núremberg en el año 1945 para juzgar las atrocidades cometidas durante la II Guerra Mundial, impulsada por los países vencedores (EEUU, URSS, Reino Unido y Francia). El desarrollo de tal juicio fue algo novedoso, no solo porque significaba que las potencias vencedoras juzgarían a las vencidas, sino también por el derecho aplicable. El Estatuto de Núremberg (o Carta de Londres) reguló el derecho penal sustantivo que se aplicaría a los acusados: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes contra la paz (equivalente al crimen de agresión). Con anterioridad, sólo los convenios de La Haya de 1907 regulaban de alguna forma la conducta de las partes en conflictos bélicos, pero la atribución de responsabilidad penal individual por tales acciones era novedosa; como también era novedosa la posibilidad de juzgar a los jefes de Estado, ya que el Estatuto de Núremberg establecía que las personas responsables serían juzgadas a pesar de su cargo.

Los juicios de Núremberg fueron seguidos por los juicios del Tribunal de Tokio o del Lejano Oriente y por otros procedimientos que llevaron a cabo los aliados en tribunales militares en sus respectivas áreas de control, siendo los más conocidos los doce llevados por los americanos. Estos juicios marcaron el inicio del derecho penal internacional e impulsaron diversos tratados de derechos humanos y derecho humanitario, así como la creación de la Comisión de Derecho Internacional que elaboró el primer borrador del Estatuto de Roma, el texto que dio lugar y gobierna la Corte Penal Internacional.

2. Desde Núremberg hasta los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda

Desde los juicios de Núremberg y Tokio y durante toda la Guerra Fría (1950-1989), ciertas jurisdicciones nacionales aplicaron de forma limitada el derecho penal internacional, reforzando el mensaje de que sólo se somete a la acción de la justicia a quienes han sido previamente derrotados, puesto que generalmente se persiguieron penalmente a las personas que habían actuado por cuenta de las potencias vencidas en la II Guerra Mundial. Además, durante este periodo se observaron también importantes desarrollos legislativos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Es extremadamente importante la aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949 que regulan, de forma más detallada, la conducta de las partes en un conflicto armado internacional² y buscan proteger a la población civil en tiempo de guerra. Fue en el año 1977 cuando los Convenios se vieron desarrollados y reforzados con los Protocolos Adicionales I y II, —el segundo se aplica a conflictos no-internacionales—. Todos los Estados de las Naciones Unidas forman parte de las Convenciones de Ginebra, aunque, lamentablemente, los Protocolos Adicionales no gozan de ratificación universal. No obstante, se considera que muchos de sus preceptos son derecho consuetudinario. Los Convenios y los Protocolos introdujeron la figura de los *grave breaches* (violaciones graves en el contexto del conflicto armado internacional) y reconocen la responsabilidad penal individual para personas que vulneran tales preceptos, e imponen una obligación a Estados para investigar y juzgar (o extraditar) a tales personas.

También hubo cierta evolución del derecho penal internacional con la adopción del Convenio para la prevención y abolición del Genocidio (1948), de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), la previsión de la jurisdicción internacional penal en la Convención contra el *Apartheid* (1973), la definición del acto de agresión en la reso-

² Sólo el artículo 3 se aplica también a conflictos no internacionales.

lución de la Asamblea General 3314 (XXIX) (1974) y la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes (1984).

No obstante, a pesar de estos avances, este periodo también se caracterizó por una cifra muy alta de víctimas como consecuencia del desesperado intento de las potencias coloniales europeas por evitar el proceso de descolonización, y la disputa entre las dos nuevas superpotencias (EE.UU. y la URSS). Además, las dictaduras de América Latina pusieron en marcha una práctica de tortura sistemática, asesinatos clandestinos y desaparición forzada de personas como mecanismo de terror estatal.

En este contexto, llegó el final de la Guerra Fría y la década de 1990 con una debilidad política y económica de Rusia (sucesora de la URSS en el Consejo de Seguridad) y la tradicional política de China de no utilizar su poder de veto. Todo ello facilitó el auge del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, a través de una amplia interpretación teleológica de sus funciones y poderes, asumió nuevas funciones que hasta entonces le eran desconocidas. El Consejo defendió que tenía unas competencias amplias dirigidas al mantenimiento de la paz y seguridad internacional y el respeto a los principios y propósitos de la Carta. Además, la década de 1990 fue testigo de sucesivas conferencias internacionales sobre distintos aspectos del derecho internacional de los derechos humanos. Así mismo, a partir de 1990, la Comisión de Derecho Internacional presentó ante la Asamblea General de las Naciones Unidas diferentes proyectos de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad. Por su parte, la Asamblea General tenía la atención puesta en el avanzado proceso de elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Este periodo culminó con la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional en 1998 en Roma. Ello significó la era de mayor florecimiento de la justicia penal internacional con la creación de los tres tribunales penales internacionales que han existido hasta el momento: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en 1993, Tribunal Penal de Ruanda (TPIR) en 1994 y la Corte Penal Internacional (CPI) en 1998. Tres tribunales híbridos fueron creados poco después:

las Salas Especiales de Crímenes Graves en Timor Oriental (2000), las Salas de la Norma 64 en Kosovo (2000) y la Corte Especial para la Sierra Leona (CESL, 2002). Posteriormente, otros cuatro tribunales híbridos serían creados en 2004 (Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, SETC), 2007 (Tribunal Especial para el Líbano, TEL), 2012 (Salas Extraordinarias de África, SEA) y 2016 (Salas Especializadas de Kosovo, SEK).

Así mismo, las jurisdicciones nacionales también han investigado y enjuiciado casos relativos a crímenes internacionales, como lo muestran los casos de Bosnia-Herzegovina, Ruanda y varios Estados de América Latina. Esto ha provocado que las propias Naciones Unidas decidieran establecer organismos especializados de investigación para incrementar la capacidad de actuación de las Fiscalías nacionales, como fue el caso de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (2007). Además, debido al principio de jurisdicción universal, sobre todo entre 1998-2008, se presentaron decenas de querellas en tribunales nacionales extranjeros contra los más altos representantes de los Estados por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Hoy en día se vive un nuevo auge de procesos domésticos por crímenes internacionales en ciertos países con jurisdicción internacional o criterios jurisdiccionales amplios.

En consecuencia, durante las dos décadas que siguieron a la Guerra Fría, el derecho penal internacional se desarrolló mucho. También se consolidó en el ámbito sustantivo y sus elementos se desarrollaron por vía jurisprudencial. En particular, el régimen jurídico del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra han sido recogidos en los proyectos de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad (1991 y 1996) y en los estatutos de los tribunales internacionales penales (TIPY, TPIR y CPI) y de la gran mayoría de los siete tribunales híbridos creados a partir del año 2000. Todo ello ha sido complementado por las decisiones de los organismos y tribunales de los sistemas de protección universal y regional de los derechos humanos: el Comité de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en menor medida, la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

En consecuencia, se ha ido consolidando el carácter consuetudinario de los elementos de los tres crímenes arriba mencionados, además de: (1) la prohibición de que los Estados incurran en los mismos; (2) la atribución de responsabilidad penal a quienes cometan los crímenes; (3) la obligación de los Estados de declarar y ejecutar dicha responsabilidad con respecto a los crímenes cometidos en su territorio o bajo su jurisdicción; (4) su imprescriptibilidad; (5) la prohibición de leyes de amnistía con respecto a los mismos. Los dos primeros han adquirido el carácter de derecho imperativo o *ius cogens*.

3. La Corte Penal Internacional

La aprobación del Estatuto de Roma en julio de 1998, que dio lugar a la Corte Penal Internacional, es el resultado de múltiples factores. Entre ellos: (i) el contexto internacional del momento y, en particular, unas Naciones Unidas fuertes con el apoyo de la comunidad internacional; (ii) la necesidad de crear un mecanismo para asegurar el cumplimiento y sanción del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (el borrador que la Comisión de Derecho Internacional redactó entre el 1982 y 1996); y (iii) sobre todo, la creación del TPIY y TPIR, que hizo ver la necesidad y urgencia de crear una Corte Penal Internacional con carácter permanente para evitar crear distintos tribunales *ad hoc*.

Entre 1950 y 1953, la Comisión de Derecho Internacional ya había preparado varios borradores de un Estatuto de la Corte Penal Internacional. Su elaboración se paralizó hasta 1989. Desde diciembre de 1989, y a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional preparó un borrador de Estatuto de la Corte entre los años 1990 y 1994. También a petición de la Asamblea General, un Comité Preparatorio tomó el relevo de la Comisión de Derecho Internacional y finalizó el borrador del Estatuto, que luego se aprobó en Roma en julio de 1998.

3.1. La redacción del Estatuto de Roma

La Conferencia de Roma tuvo lugar del 15 de junio al 17 de julio de 1998 en la sede de la organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimenta-

ción (FAO). Se invitó a los Estados miembros de las Naciones Unidas (participaron delegados de 160 Estados) y organismos especializados. También se invitó como observadores a representantes del TPIY y el TPIR y de otros organismos y entidades interesados y que ya fueron convocados durante el trabajo del Comité Preparatorio. En total, representantes de 133 organizaciones gubernamentales y no gubernamentales participaron en calidad de observadores. Durante la redacción del Estatuto, las cuestiones más polémicas fueron las siguientes:

- (1) *La relación de la Corte con las jurisdicciones domésticas y principio de complementariedad.* A pesar de que varios Estados habían presentado propuestas alternativas respecto la relación de la Corte con los tribunales nacionales, el Reino Unido sugería otorgar a los Estados el derecho principal de ejercer su jurisdicción y un papel muy residual para la Corte, que sólo podría actuar con la necesaria autorización del Estado. Alemania propuso que la Corte debería intervenir cuando el Estado fallara en su obligación de juzgar. Estas propuestas favorecían excesivamente a los Estados, dado que excluían la intervención de la Corte cuando el Estado estuviera ejerciendo su deber, aunque fuera de forma deficiente. Finalmente, quedó claro que se debía mantener intacta la jurisdicción nacional, pero se debería otorgar a la Corte el suficiente poder para intervenir cuando el Estado no interviniera o lo hiciera de forma no genuina. El resultado de estas discusiones está reflejado en el artículo 17.
- (2) Íntimamente ligado a la relación de la Corte con las jurisdicciones domésticas, también se debatió de forma muy intensa sobre *las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte*. Los Estados adoptaron posiciones muy diversas. Mientras ciertos países querían que la Corte sólo pudiera ejercer su jurisdicción con el consentimiento concurrente de dos Estados (siempre incluyendo el consentimiento del Estado de nacionalidad del sospechoso), otros países (encabezados por Alemania) abogaban por que la Corte tuviera jurisdicción universal. Estos últimos argumentaban que muchos Estados habían recogido este principio en sus jurisdicciones nacionales. Finalmente, el artículo

12(2) del Estatuto adoptó una posición intermedia y refleja los principios de territorialidad y nacionalidad aceptados en derecho consuetudinario internacional. Ello implica que la Corte puede intervenir sin necesidad de obtener el consentimiento de los Estados, siempre y cuando el crimen se haya cometido en un Estado parte o por un nacional de un Estado parte.

- (3) *La activación de la jurisdicción de la Corte*, es decir, cuándo y cómo puede la Corte empezar sus investigaciones, también fue un tema muy debatido en las negociaciones. Había una tensión entre la necesidad de tener un fiscal fuerte e independiente, con autonomía para decidir en qué casos intervenir (siempre y cuando los requisitos jurisdiccionales se cumplieran) y el temor a que el fiscal pudiera llevar a cabo investigaciones frívolas. Finalmente, se llegó a un consenso con el cual el fiscal podía empezar una investigación basándose en la información proveniente de cualquier fuente, siempre y cuando pidiera autorización ante la Sala de Cuestiones Preliminares³. En cambio, si un Estado parte o el Consejo de Seguridad piden que la Corte intervenga⁴, el fiscal puede empezar una investigación si los requisitos jurisdiccionales se cumplen, sin necesidad de pedir autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares⁵. En todo caso, el fiscal siempre deberá pedir la detención del sospechoso a la Sala de Cuestiones Preliminares⁶ y la confirmación de los cargos⁷.
- (4) *La relación de la Corte con el Consejo de Seguridad* fue también un tema debatido. Al final se acordó que el Consejo de Seguridad tuviera la capacidad de remitir a la Corte asuntos relativos a Estados no parte, extendiendo de esta forma su jurisdicción. Además, con arreglo al Capítulo VII, el Consejo de Seguridad puede pedir la suspensión o no iniciación de una investigación o enjuiciamiento durante un

periodo de doce meses renovable⁸. Mientras el primer tema no creó mucha controversia, el segundo sí fue más debatido y se fundamentó en la necesidad de evitar que un mismo asunto fuese manejado por las dos instituciones en direcciones contradictorias y perjudiciales para la paz y seguridad internacionales.

- (5) También se debatió la inclusión de la *pena de muerte*, pero la mayoría de Estados se opuso. También se discutió la necesidad de identificar un rango concreto de años como sentencia dependiendo de los crímenes. Finalmente, el artículo 77 establece como pena máxima la reclusión a perpetuidad en caso excepcional (es decir «cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado») y reclusión a 30 años para el resto de los casos. También se estableció un sistema de reexamen de la pena cuando se hubieran cumplido dos tercios del encarcelamiento⁹.
- (6) Las delegaciones también discutieron y aprobaron las diferentes fases de los procesos ante la Corte, desde la apertura de la investigación, confirmación de los cargos, juicio y la fase de apelación, así como la posibilidad de revisar la condena y sentencia en casos excepcionales¹⁰. Estos aspectos se detallaron en las Reglas de Procedimiento y Prueba que se redactaron y aprobaron con posterioridad. Finalmente, otros temas discutidos fueron el régimen de cooperación¹¹; la protección de los secretos de Estado, es decir, la información que afecta a la seguridad nacional¹²; los principios generales del Derecho penal¹³ y la posición y participación de las víctimas en el proceso¹⁴. Este último punto supuso un cambio fundamental con respecto a los tribunales *ad hoc*, ya que la Corte permitía a las víctimas participar en el procedimiento y se les reconocía un derecho a reparaciones después de una sentencia condenatoria.

3 Estatuto, art. 15.

4 Estatuto, art. 13(a)(b), art. 14.

5 Estatuto, art. 53(1).

6 Estatuto, art. 58.

7 Estatuto, art. 61.

8 Estatuto, art. 16.

9 Estatuto, art. 110.

10 Estatuto, art. 84. Revisión del fallo condenatorio o de la pena.

11 Estatuto, parte IX.

12 Estatuto, art. 72.

13 Estatuto, arts. 22 (*nullum crimen sine lege*) y 23 (*nulla pena sine lege*).

14 Estatuto, arts. 68(1) y 75.

Luego de concluir las cinco semanas de negociaciones en Roma, 120 Estados votaron a favor de la adopción del Estatuto de Roma de la Corte, siete votaron en contra (Estados Unidos, Israel, China, Yemen, Irak, Libia y Catar) y 21 se abstuvieron. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002, tras la ratificación de sesenta Estados el 1 de abril de 2002.

3.2. La estructura de la Corte

La Corte, con sede en La Haya, está compuesta por cuatro órganos principales: la Presidencia, las Secciones o Salas Judiciales, la Fiscalía y la Secretaría.

La **Fiscalía** se encarga de obtener la prueba, identificar y pedir el arresto de los sospechosos y llevarlos a juicio. Es independiente del resto de la Corte, de los Estados parte y de las Naciones Unidas. El fiscal general dirige y actúa con total autonomía y es auxiliado por uno o varios fiscales adjuntos. El fiscal es elegido en votación secreta por mayoría absoluta de los Estados parte de la Asamblea. Los fiscales adjuntos son elegidos de la misma forma de una lista de candidatos presentada por el fiscal. Salvo que en el momento de la elección se fije un período más breve, el fiscal y los fiscales adjuntos desempeñarán su cargo por un período de nueve años y no podrán ser reelegidos. Hasta el momento, la Corte ha tenido tres fiscales: Luis Moreno-Ocampo (Argentina) de 2003 a 2012, Fatou Bensouda (Gambia) de 2012 hasta 2021 y Karim Khan (Reino Unido) de 2021 hasta el momento. Actualmente hay dos vicefiscales: Nazhat Shameem Khan (Fiji) y Mame Mandiaye Niang (Senegal).

Las **Salas Judiciales** intervienen en las diferentes fases de los procedimientos: la Sala de Cuestiones Preliminares interviene para autorizar la investigación, emitir las órdenes de arresto y confirmar los cargos; la Sala de Primera Instancia lleva el juicio y emite el veredicto y sentencia, y la Sala de Apelación emite la decisión en apelación. Estas Salas están compuestas por un total de dieciocho magistrados nombrados para nueve años en votación secreta por la Asamblea de los Estados parte sobre la base de dos listas de candidatos: la lista A, de donde deben ser elegidos en primer lugar nueve

magistrados con reconocida experiencia teórica y práctica en el ámbito jurídico-penal, y la lista B, de donde deben ser elegidos cinco magistrados con reconocida experiencia teórica y práctica en el ámbito del derecho internacional. Los candidatos son propuestos por los Estados parte y deberán poseer, al menos, la nacionalidad de uno de ellos, no pudiendo ser reelegidos.

La **Secretaría** se encarga de la administración y prestación de servicios a los diferentes órganos de la Corte, en particular: (i) apoyo judicial, incluida la administración de la Corte, traducción e interpretación, centro de detención, asistencia legal, apoyo a las víctimas para participar en procedimientos y solicitar reparaciones y protección de testigos; (ii) asuntos externos, incluidas las relaciones externas, la información pública y la divulgación, el apoyo de las oficinas exteriores y la gestión, incluidos seguridad, presupuesto, finanzas, recursos humanos y servicios generales. El secretario es elegido por un período de cinco años por votación secreta de la mayoría absoluta de los jueces y podrá ser reelegido una sola vez. El actual secretario es Osvaldo Zavala Giler (Ecuador).

La Secretaría tiene varias secciones, entre ellas: (i) la Sección de Participación y Reparaciones de las Víctimas (VPRS), que se encarga de recopilar las aplicaciones de víctimas para participar en el proceso judicial y en el proceso de reparaciones (que tienen lugar siempre y cuando haya una sentencia condenatoria); (ii) la Oficina del Asesor Público para las Víctimas (OPCV), que proporciona representación legal a las víctimas durante todo el proceso, así como asistencia y apoyo a abogados externos designados por las víctimas; (iii) la Oficina Pública del Abogado Defensor (OPCD), que da soporte a los equipos de defensa de los sospechosos y acusados, manteniendo una lista de letrados y proporcionando abogados defensores a los sospechosos o acusados que carecen de abogado defensor y también a personas que la Fiscalía cuestiona (incluidos testigos) y respecto a los cuales hay indicios razonables de que hayan cometido un crimen; (iv) la Unidad de Víctimas y Testigos (VWU), que se encarga de dar protección a testigos en riesgo debido a su interacción con la Corte. Esta protección es diversa y puede llegar a implicar la relocalización del testigo con su familia

en otro país. VWU también da consejo a los jueces antes de que estos decidan sobre las medidas de protección que los testigos pueden recibir en un juicio. La Fiscalía también puede tomar medidas urgentes de protección a sus testigos, pero debe coordinar con VWU, que tiene la responsabilidad principal.

La **Presidencia** se encarga de las funciones judiciales o legales, la administración de la Corte (con la excepción de la Fiscalía) y las relaciones externas. Está constituida por el presidente y dos vicepresidentes. El presidente y los vicepresidentes son elegidos por mayoría absoluta de los magistrados. Cada uno desempeñará su cargo por un periodo de tres años o hasta el término de su mandato como magistrado, si este se produjera antes. Podrán ser reelegidos una vez. La actual presidenta es Tomoko Akane (Japón) y los vicepresidentes, Salvatore Aïtala (Italia) y Reine Alapini-Gansou (Benin).

Además de estos órganos principales, nos encontramos también con la Asamblea de Estados parte y el Fondo Fiduciario. La **Asamblea de Estados parte** está integrada por los representantes de estos y se encarga de monitorizar la Corte y de elegir a los jueces y al fiscal. También tiene funciones legislativas, ya que es competente para modificar Estatuto y las Reglas de Procedimiento. Cada Estado tiene un voto. Un Estado que durante dos años esté en mora en el pago y no pueda invocar causas de fuerza mayor pierde su derecho de voto. Así mismo, la Asamblea se encargará de dirimir las controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte, incluida cualquier otra disputa que surja entre dos o más Estados parte respecto de la interpretación o aplicación del presente Estatuto. La Asamblea podrá tratar de resolver por sí misma la controversia o recomendar otros medios de solución, incluida su remisión a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el Estatuto de esta¹⁵. Este precepto aún no se ha aplicado con lo que no está clara la definición de «funciones judiciales» en el contexto de este artículo.

El **Fondo Fiduciario** es un órgano independiente, pero integrado dentro de la Corte, cuya misión es

apoyar e implementar programas para resarcir los daños a las víctimas. El Fondo tiene un mandato doble: (i) implementar las reparaciones ordenadas por el Tribunal después de una sentencia condenatoria y (ii) brindar apoyo físico, psicológico y material a las víctimas y sus familias de forma independiente a la existencia de una sentencia, pero en las situaciones donde la Corte esté operando.

3.3. La jurisdicción de la Corte

La jurisdicción de la Corte está definida por parámetros materiales, personales, geográficos y temporales que limitan su actividad. La Corte no tiene jurisdicción universal, por lo que no puede actuar en cualquier territorio o respecto a cualquier sospechoso.

La **jurisdicción material** se refiere al tipo de conducta que la Corte puede investigar y enjuiciar. Se trata de los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y el crimen de agresión —la Corte tiene jurisdicción sobre este último desde mediados de 2018¹⁶. Estos crímenes se caracterizan por su gravedad y ello se demuestra en sus elementos, que hacen que estos delitos se distingan de los crímenes domésticos. Por ejemplo, el genocidio —además de requerir que el autor haya tenido «la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal» —, requiere que la conducta haya tenido lugar «en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción». Los crímenes de guerra, por su parte, requieren la existencia de un conflicto armado, internacional o nacional. Los crímenes de lesa humanidad requieren la existencia de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil y la existencia de una política estatal u organizativa para cometer tal ataque.

La **jurisdicción temporal** de la Corte se extiende a los delitos que hayan sido cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto para los respecti-

15 Estatuto, art. 119.

16 Estatuto, arts. 5 a 8bis.

vos Estados parte¹⁷ y nunca antes del 1 de julio de 2002, cuando el Estatuto entró en vigor¹⁸.

Respecto a la **jurisdicción territorial y personal**¹⁹, la Corte intervendrá si el crimen se ha cometido en el territorio de un Estado parte o por un nacional de un Estado parte. Un Estado que no es parte, pero al que pertenece el autor o es el lugar del hecho, puede aceptar la competencia *ad hoc* en un caso concreto a través de una declaración, de acuerdo con el artículo 12(3) del Estatuto. En caso de una remisión por el Consejo de Seguridad de la ONU con arreglo al Capítulo VII de la Carta de la ONU²⁰, tales requisitos no se aplican. Hasta el momento, el Consejo de Seguridad ha remitido las situaciones de Libia y Sudán (Darfur).

3.4. Activación de la jurisdicción de la Corte

La Fiscalía puede empezar sus investigaciones de tres formas: (i) *proprio motu*, a raíz de información recibida por cualquier fuente, siempre y cuando solicite autorización a los jueces, de acuerdo con el artículo 15 del Estatuto; (ii) a través de una remisión de un Estado parte, de acuerdo con el artículo 14 del Estatuto; y (iii) a través de una remisión del Consejo de Seguridad, de acuerdo con el artículo 13(b). En los dos últimos casos, la Fiscalía puede proceder a investigar sin necesidad de solicitar autorización judicial. Sin embargo, en todos los casos, la Fiscalía deberá asegurarse que los requisitos del artículo 53(1) se cumplan, es decir, la Fiscalía debe determinar que (i) hay bases razonables para creer que un crimen se ha cometido, (ii) no hay procedimientos domésticos genuinos, (iii) la investigación reviste suficiente gravedad y (iv) abrir la investigación no redundaría contra el interés de justicia.

17 El ER entró en vigor el 1 de julio de 2002, que era el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación o adhesión [art. 126(1)]. Con relación a los Estados que ratifiquen el Estatuto después de su entrada en vigor, entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito de sus correspondientes instrumentos [art. 126(2)]. De acuerdo con el art. 125, el Estado que accede a la CPI deposita los instrumentos de acceso con el Secretario General de Naciones Unidas.

18 Estatuto, art. 11.

19 Estatuto, art. 12(2).

20 Estatuto, art. 14.

3.5. Características del marco regulatorio

El artículo 21(1) del Estatuto regula el derecho aplicable. La Corte debe aplicar: (i) en primer lugar el Estatuto, así como los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba (estos dos textos se redactaron después de la aprobación del Estatuto de Roma); (ii) en segundo lugar, y cuando sea apropiado, los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional; y (iii) en su defecto, podrá recurrirse a los principios generales del Derecho nacional si estos principios son compatibles con el Estatuto y el derecho internacional.

Respecto al valor del precedente, el artículo 21(2) permite a las Salas seguir la interpretación adoptada por otras Salas, pero no impone una obligación de hacerlo. Aunque hay una tentación por parte de los jueces de desviarse del precedente en algunos casos, la mayor parte de las Salas citan jurisprudencia previa. Además, la Sala de Apelaciones ha dicho que no se apartará de sus decisiones anteriores, a menos que haya razones convincentes, y su decisión es vinculante para el caso o situación en el que se ha emitido.

Así mismo, el artículo 21(3) requiere a la Corte interpretar y aplicar el Estatuto de acuerdo con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Este artículo es fundamental y ha permitido introducir la rica jurisprudencia de las cortes de derechos humanos en diversas decisiones y en temas varios como la complementariedad y los derechos de víctimas y acusados.

Como el tribunal de Núremberg y otros tribunales internacionales, un rasgo fundamental del Estatuto de Roma es la irrelevancia de la capacidad oficial de los sospechosos, es decir, de acuerdo con el artículo 27 un cargo oficial, como por ejemplo un jefe de Estado o de Gobierno, o las normas de inmunidad o normas de procedimiento especiales, no eximirán al sospechoso de responsabilidad o atenuarán la pena. Este artículo tiene el efecto de dejar inaplicables las inmunidades personales de jefes de Estados y materiales de personas que ejercen una función pública si son acusados de crímenes internacionales. Tal precepto es extremadamente importante, ya que las inmunidades personales de jefes de Estado (y otros altos mandatarios) revis-

ten carácter *ius cogens* entre Estados. Es decir, un Estado no puede arrestar y juzgar el jefe de Estado de otro país durante el periodo en que este ocupa un cargo. No obstante, se ha alegado que tales inmunidades no se aplican cuando el sospechoso va a ser juzgado por un tribunal internacional. La Sala de Apelaciones, en la decisión Bashir, confirmó esta interpretación cuando Jordán se negó a arrestar al presidente de Sudán²¹. La Corte Especial de Sierra Leona compartió esta interpretación cuando juzgó al presidente de Sierra Leona, Charles Taylor²², así como el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia que juzgó a Slobodan Milošević²³.

Otros preceptos fundamentales del Estatuto de Roma son aquellos que regulan la responsabilidad penal de los acusados: artículos 25 y 28 (que regulan los elementos objetivos) y el artículo 30 (que regula los elementos subjetivos).

El artículo 25 establece que la CPI tiene jurisdicción sobre personas físicas mayores de 18 años. El Estatuto reconoce el principio de responsabilidad penal individual, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue finalmente rechazada²⁴. Como formas de autoría son reconocidas: la autoría individual, la coautoría (*jointly with another*) y la autoría mediata (*through another person*)²⁵. Como formas de participación están previstas: el ordenar, proponer o inducir a otro a la comisión de un crimen o su tentativa²⁶, el auxilio a la comisión de un crimen o su tentativa con el propósito de facilitar su comisión (*for the purpose of facilitating the commission*)²⁷, así como cualquier otra contribución al hecho para la comisión o tentativa de comisión de un delito por un grupo de personas que actúa con base en una finalidad común. Tal contribución deberá ser realizada intencionalmente y con el objetivo de facilitar la actividad o el fin criminal del grupo o con conocimiento

de la intención criminal del grupo²⁸. Así mismo, con relación al genocidio, se adoptó el tenor literal de la Convención correspondiente y se criminaliza la inducción directa y pública para la comisión del hecho²⁹. Finalmente, se criminaliza la tentativa (*taking action that commences its execution by means of a substantial step*) y se reconoce el desistimiento como causa de exención de responsabilidad penal (con el abandono definitivo y voluntario del propósito criminal del hecho)³⁰.

En relación con los superiores militares y civiles, el artículo 28 regula lo que se conoce como *command responsibility*. El precepto distingue en dos párrafos entre jefes militares o personas que actúan *de facto* (o de hecho) como jefes militares y otros (normalmente civiles) superiores.

Al jefe militar (de hecho) se le imputan los crímenes de personas que estén bajo su control efectivo y que hayan sido cometidos como consecuencia de la falta de desempeño de este control, cuando sabía o hubiera debido saber que sus fuerzas cometen tales delitos y ha omitido emprender cualesquiera de las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión, impedirla o someter la cuestión a la investigación de los cargos competentes. Con ello, por un lado, se intenta incluir no solo a los jefes militares de los ejércitos oficiales, sino también a los jefes de hecho de grupos paramilitares; por otro, se introduce, en sentido subjetivo, una medida de imprudencia, en tanto que ya la posibilidad de conocimiento o el simple deber conocer (*should have known*) de los crímenes de los subordinados redundan en reproche para el jefe militar.

La responsabilidad de cualesquiera otros superiores (civiles) se diferencia de la responsabilidad de los jefes militares en dos aspectos. De una parte, desde el plano subjetivo, se exige una especie de imprudencia consciente, en el sentido del criterio tradicional *wilfully blind*, por tanto, más que la simple imprudencia. Desde la perspectiva objetiva, se requiere expresamente que las actividades criminales de los subordinados caigan en el ámbito de control y de responsabilidad efectiva del superior.

21 *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*. ICC 02/05-01/09 OA2, 6 de mayo de 2019.

22 *The Prosecutor v. Charles Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, 31 de mayo de 2004. Caso SCSL-2003-11.

23 *The Prosecutor v. Slobodan Milošević et al. 'Indictment'*, 22 de mayo de 1999. Caso No. IT-99-37.

24 Estatuto, art. 25(1)(2).

25 Estatuto, art. 25(3)(a).

26 Estatuto, art. 25(3)(b).

27 Estatuto, art. 25(3)(c).

28 Estatuto, art. 25(3)(d).

29 Estatuto, art. 25(3)(e).

30 Estatuto, art. 25(3)(f).

Finalmente, el artículo 30 establece los elementos subjetivos generales que se aplican a todos los crímenes, a menos que haya una regulación expresa³¹. Los crímenes establecidos en el Estatuto deben ser cometidos con *intención* («*intent*») y *conocimiento* («*knowledge*»). Respecto a la *intención*, se distingue entre la intención respecto al comportamiento y respecto a la consecuencia. En el primer caso, el sospechoso o acusado debe querer realizar su comportamiento («*means to engage in the conduct*»). En el segundo caso, debe querer causar el resultado o ser consciente de que se producirá según un curso normal de los acontecimientos³². Así mismo, por *saber* o *conocimiento* se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o de que se producirá el resultado según un curso normal de los acontecimientos³³. El Estatuto de Roma no incluye las formas dolosas más leves como *dolus eventualis* o «*recklessness*». Esto se explica, ante todo, por el hecho de que no se podía llegar a un acuerdo sobre un concepto unitario comprensivo de ambas formas de dolo.

Cabe destacar que, junto a los crímenes de los artículos 5 a 8 bis, la Corte es además competente para determinados delitos contra la Administración de Justicia. Así se puede distinguir entre delitos (artículo 70) y simples faltas (artículo 71).

En definitiva, el Estatuto de Roma regula de manera detallada el derecho penal sustantivo aplicable a sus procesos. Aunque los artículos reflejan mayoritariamente el derecho consuetudinario, no lo hacen en todos los aspectos. En cambio, el Estatuto y las Reglas de Procedimiento dan más flexibilidad a los jueces para regular el proceso. Ello permite que la diversidad jurídica de los jueces se manifieste en los diferentes procedimientos. Esta mayor flexibilidad se ha reflejado, por ejemplo, en la forma de admitir la prueba durante el juicio. En los primeros juicios de la Corte se seguía el modelo anglosajón, donde cada elemento de prueba se declaraba admitido por la Sala de Juicio durante el proceso. La parte que quería la admisión del elemento probatorio tenía que demostrar *prima facie* su admisibilidad, en base a su

31 Ello sucede con el genocidio y la persecución.

32 Estatuto, art. 30(2).

33 Estatuto, art. 30(3).

relevancia y valor probatorio. No obstante, todo ello cambió con el juicio de ofensas contra la administración de justicia Bemba *et al.*, donde cinco personas (incluidas el Sr. Bemba y su abogado) fueron juzgadas y condenadas por sobornar a testigos en el caso Bemba. La Sala decidió modificar el sistema de admisión de la prueba por un sistema más parecido al modelo románico-germánico: la Sala declararía como *recibidos* todos los elementos de prueba que las partes quisieran introducir, sin ninguna decisión oral respecto a cada elemento. Sería al final del juicio, en la sentencia, cuando la Sala analizaría todos los elementos de prueba presentados y decidiría sobre su relevancia, valor probatorio y peso para determinar si condenar o absolver al acusado. La Sala, presidida por un juez alemán, explicó que estaba mejor posicionada para valorar la relevancia, valor probatorio y peso de la prueba al final del juicio, una vez que toda la prueba fuera recibida. La Sala explicó que el artículo 69(4) del Estatuto da tal flexibilidad a las Salas de juicio, ya que indica los factores importantes para determinar la relevancia y admisibilidad de la prueba, pero no obliga a la Sala a emitir decisiones individualizadas para cada elemento probatorio³⁴. La Sala de Apelaciones confirmó la interpretación de la Sala³⁵. Todos los juicios realizados en los últimos años han seguido este método de admisión de prueba. Ello demuestra que el marco regulatorio de la Corte permite, y sus jueces están dispuestos a aceptar, cambios cuando ello redunde en la mayor eficiencia del proceso.

3.6. Las fases del proceso

Se distinguen tres fases fundamentales en los procesos ante la Corte:

34 Ello no excluye que en los casos en que se pone en duda la fiabilidad de la prueba la Sala decida sobre si ciertos elementos de prueba deben excluirse del acervo probatorio de acuerdo con el artículo 69(7).

35 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala and Narcisse Arido, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala and Mr Narcisse Arido against the Decision of Trial Chamber VII entitled «Judgment pursuant to Article 74 of the Statute»*. ICC-01/05-01/13-2275-Red, 8 de marzo de 2018.

Análisis preliminar, donde la Fiscalía determina si hay fundamentos razonables para abrir una investigación. La Fiscalía analizará si la Corte tiene jurisdicción dentro de una situación, si hay casos potenciales admisibles y de suficiente gravedad, y si abrir la investigación no resultará en contra del interés de la justicia³⁶. Los Estados parte no tienen obligación de cooperar con la Corte durante esta fase. Si no hay remisión previa de Estados o del Consejo de Seguridad, la Sala de Cuestiones Preliminares debe autorizar la investigación³⁷.

Investigación. Durante esta fase la Fiscalía identificará casos y sospechosos concretos. Si la Fiscalía determina que hay motivos razonables, pedirá una orden de arresto o comparecencia con respecto a un sospechoso a la Sala de Cuestiones Preliminares³⁸. Si la Sala concede la orden y la persona es arrestada, habrá un proceso de «confirmación de cargos», donde la Sala de Cuestiones Preliminares determinará si hay motivos fundados para proceder a juicio³⁹. Mientras que los juicios deben realizarse con la presencia del acusado, las confirmaciones de cargos pueden realizarse en su ausencia.⁴⁰ Los Estados parte tienen la obligación de cooperar con la Corte durante las investigaciones⁴¹.

Juicio y apelación. Durante el juicio, las partes presentan prueba escrita, oral o pericial delante de la Sala de Primera Instancia, que emitirá un veredicto de culpabilidad o inocencia⁴². Si el acusado es encontrado culpable, la Sala emitirá una sentencia⁴³. Tanto la Fiscalía como el condenado pueden apelar el veredicto y la sentencia⁴⁴. Si ello sucede, habrá un proceso de apelación donde la Sala de Apelaciones emitirá su decisión. La Sala puede confirmar la decisión de la Sala de Primera Instancia, revocarla o mandar la cuestión de vuelta a la Sala de Primera

Instancia para una nueva determinación o resolverla ella misma⁴⁵.

3.7. Principio de complementariedad

No debemos olvidar uno de los principios cardinales del Estatuto: el principio de complementariedad. Tal principio implica que la Corte no puede intervenir en una situación o con respecto a un caso concreto si el Estado con jurisdicción investiga o enjuicia el mismo tema que la Fiscalía. Cabe recordar que la obligación de investigar y juzgar crímenes internacionales no nace del Estatuto, sino que es independiente y concierne a cualquier Estado aunque no forme parte de este.

El análisis de complementariedad requiere un examen de dos pasos:

Primero, se debe determinar si hay o ha habido algún tipo de proceso nacional, es decir, si las autoridades domésticas están investigando o enjuiciando el mismo asunto que la Corte⁴⁶ o si lo han investigado y han decidido no proceder a juicio⁴⁷, o si ya lo han enjuiciado y ha habido una decisión final sobre el mismo asunto⁴⁸.

Existe un asunto o caso concreto cuando hay una orden de arresto contra una persona por una conducta criminal concreta. En tales circunstancias, se comparará el caso delante de la Corte con el caso doméstico. Para que tal caso sea inadmisibile ante la Corte es suficiente con que haya un grado sustancial de superposición entre los incidentes y la conducta investigados por el Fiscal y los investigados por el Estado. Tal análisis depende de cada caso. No es necesario que los crímenes investigados o enjuiciados a nivel doméstico tengan la misma caracterización o «etiqueta» legal que en la Corte; lo que importa es que la conducta sea sustancialmente la misma y el castigo recibido sea proporcional y efectivo.

No obstante, la Corte debe considerar la complementariedad antes de que haya un caso concreto, incluso antes de abrir una investigación⁴⁹. En tal

36 Estatuto, art. 53(1).

37 Estatuto, art. 15(4).

38 Estatuto, art. 58(1).

39 Estatuto, art. 61(7).

40 La Sala de Cuestiones Preliminares ha autorizado que se realice la confirmación de cargos de Joseph Kony (líder de la *Lord's Resistance Army*) en su ausencia. *The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti, Second decision on the Prosecution's request to hold a confirmation of charges hearing in the Kony case in the suspect's absence*, ICC-02/04-01/05-481, 4 de marzo de 2024.

41 Estatuto, art. 86.

42 Estatuto, art. 74.

43 Estatuto, arts. 76-77.

44 Estatuto, art. 81.

45 Estatuto, art. 83(2).

46 Estatuto, art. 17(1)(a).

47 Estatuto, art. 17(1)(b).

48 Estatuto, arts. 17(1)(c) y 20(3).

49 Por ejemplo, Estatuto, art. 53(1)(b) (antes de abrir la investiga-

momento procesal, la Corte determinará la complementariedad comparando los procesos nacionales con los casos potenciales que la Fiscalía quiere investigar dentro de la situación.

Segundo, sólo cuando las respuestas a estas preguntas son afirmativas —es decir, hay (o ha habido) un procedimiento doméstico—, la Corte analizará si los procesos son genuinos de acuerdo con el artículo 17(2)⁵⁰, o si las autoridades nacionales son capaces de acuerdo con el artículo 17(3).

Ha habido jurisprudencia interesantísima en temas de complementariedad, ya sea con respecto a casos concretos (por ejemplo, con respecto a las órdenes de arresto de Saif Al-Islam Gaddafi⁵¹ y Abdullah Al-Senussi⁵², en la situación de Libia) o respecto a situaciones (como en Afganistán⁵³, Filipinas⁵⁴ y Venezuela⁵⁵).

3.8. La participación de las víctimas y reparaciones

Otro aspecto novedoso y muy importante es el papel de las víctimas en los procesos ante la Corte. El Estatuto de Roma recoge una serie de principios

ción) y art. 18 (cuando un Estado pide que la Corte se inhiba de investigar en una situación). Cuando hay remisión del Consejo de Seguridad, el artículo 18 no es aplicable.

50 Si no ha habido una decisión final, la Corte analizará si los requisitos del art. 20(3)(a) y (b) se cumplen.

51 *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute" of 5 April, ICC-01/11-01/11-695*, 9 de marzo de 2020; *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi"*, ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 de mayo de 2014.

52 *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi"*, ICC-01/11-01/11-565, 24 de julio de 2014.

53 *Decision pursuant to article 18(2) of the Statute authorising the Prosecution to resume investigation*, ICC-02/17-196.

54 *Judgment on the appeal of the Bolivarian Republic of Venezuela against Pre-Trial Chamber I's "Decision authorising the resumption of the investigation pursuant to article 18(2) of the Statute"*, ICC-02/18-89.

55 *Judgment on the appeal of the Bolivarian Republic of Venezuela against Pre-Trial Chamber I's "Decision authorising the resumption of the investigation pursuant to article 18(2) of the Statute"*, ICC-02/18-89.

que reconocen y garantizan: (1) la participación de las víctimas en los procesos, (2) la protección de las víctimas y testigos, y (3) el derecho a reparaciones.

En primer lugar, el Estatuto reconoce la **participación de las víctimas** en diferentes momentos procesales antes de la confirmación de cargos⁵⁶. Por ejemplo, las víctimas pueden comunicar información a la Fiscalía con el propósito de que la Fiscalía solicite autorización judicial para abrir una investigación y puedan presentar observaciones cuando la Fiscalía solicite tal autorización⁵⁷. Las víctimas también pueden presentar observaciones si un Estado solicita la inhibición de la Fiscalía de acuerdo con el artículo 18 o hay una impugnación de la admisibilidad de la causa de acuerdo con el artículo 19(2). Una vez tiene lugar la confirmación de cargos de acuerdo con el artículo 61, las víctimas afectadas por los crímenes se convierten en *participantes* del proceso y pueden nombrar a representantes legales para que les representen, así como presentar pruebas o llamar a testificar a testigos durante el proceso de confirmación de cargos y el juicio.

Las víctimas deben solicitar por escrito su participación en los procesos ante la Corte, de acuerdo con la regla 89. La Sección de Participación y Reparaciones de las Víctimas (VPRS) se encarga de desarrollar un formulario, asegurar su distribución y facilitar las aplicaciones.

En segundo lugar, muchas víctimas también tendrán el carácter de testigos y, con el fin de facilitar su participación, el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba prevén diferentes **medidas de protección** para proporcionarles una atmósfera segura y garantizarles que la experiencia de testificar no les vaya a crear mayores daños, sufriendo

56 El artículo 68(3) establece de forma general que «[l]a Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con estos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba». Las Salas han considerado este y otros artículos para reconocer y otorgar a las víctimas diferentes derechos en las distintas fases de los procesos.

57 Estatuto, art. 15(3).

tos o traumas. Entre las medidas de protección, las víctimas pueden testificar con pseudónimos o con el uso de medios técnicos que permitan alterar su imagen y voz o con la sala cerrada al público⁵⁸. La Sala también podrá tomar medidas especiales más específicas en casos especiales, como por ejemplo aquellos que afectan a víctimas de violencia sexual o niños⁵⁹. Además, las víctimas, testigos y sus familias deben ser protegidas durante todo el proceso, e incluso después de su conclusión, hasta que no haya duda de que sus vidas ya no están en riesgo. La Unidad de Víctimas y Testigos (VWU) dentro de la Secretaría juega un papel fundamental al respecto. Además, la Corte ha llegado a acuerdos para la relocalización y prestación servicios de apoyo en el territorio de un Estado con víctimas traumatizadas o amenazadas.

No obstante, las medidas de protección de las víctimas no pueden limitar el derecho del acusado a un juicio justo; en otras palabras, el acusado debe conocer toda la información que haya en su contra y se le debe dar la oportunidad de cuestionar a los testigos de la Fiscalía. El artículo 61(5) y la regla 87 permiten a la Fiscalía presentar resúmenes anónimos de declaraciones de testigos de forma excepcional, pero solo para la confirmación de cargos y, por supuesto, es también una facultad discrecional de la Corte el determinarlo.

Finalmente, las víctimas tienen **derecho a reparaciones** cuando el juicio termina con una sentencia condenatoria. La fase de reparaciones empieza después de que la Sala de Primera Instancia declara a un acusado culpable y le impone una sentencia. En esta fase, la Fiscalía ya no es *parte* del proceso, sino *participante*. En cambio, el condenado y las víctimas de los crímenes por los cuales la persona ha sido declarada culpable son parte. La misma Sala que declara a la persona culpable deberá emitir una orden de reparaciones contra el condenado⁶⁰.

Una orden de reparaciones tiene cinco elementos fundamentales: (1) debe estar dirigida a la persona condenada; (2) debe identificar a las víctimas beneficiarias de reparaciones (o fijar parámetros

que el Fondo Fiduciario utilizará para identificar a las víctimas); (3) debe identificar el tipo de daño sufrido por las víctimas como resultado de los crímenes por los que la persona ha sido condenada: daño físico, moral, psicológico; (4) el tipo de reparación: individual o colectiva, compensación, rehabilitación, restitución⁶¹; y (5) la cantidad por la cual la persona condenada deberá responder. Hasta el momento, las Salas han emitido cinco órdenes de reparaciones (en los casos de Lubanga, Katanga, Al-Mahdi, Ntaganda y Ongwen). En todos los casos las personas eran insolventes, con lo que el Fondo Fiduciario se ha hecho cargo de las cantidades por las cuales las personas han sido encontradas responsables: 10 millones de dólares (Lubanga), 1 millón de dólares (Katanga), 1,5 millones de euros (Al Mahdi), 30 millones de dólares (Ntaganda) y 52 millones de euros (Ongwen). Las dos últimas están en proceso de apelación. La jurisprudencia en tema de reparaciones es muy relevante y reconoce como víctimas directas a los niños nacidos de violaciones. Además, se reconoce el derecho a la reparación del daño transgeneracional de hijos nacidos de víctimas de violación.

Es interesante constatar que el Fondo Fiduciario no tiene la obligación de pagar las órdenes de reparaciones. No obstante, lo ha hecho —en la medida que tiene los recursos disponibles— hasta el momento. Este hecho se ha considerado un problema importante en el marco jurídico de la Corte.

4. Evolución de la jurisprudencia y reflexión

La jurisprudencia de la Corte es muy diversa e interesante. Aborda temas procedimentales y sustantivos que han contribuido, y contribuyen, a la evolución del derecho internacional. Las decisiones en los casos Ntaganda⁶² y Ongwen⁶³ respecto a la

58 Regla 87.

59 Regla 88.

60 Estatuto, art. 75.

61 Reglas de Procedimiento y Prueba, Reglas 97 y 98.

62 *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the «Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9», ICC-01/04-02/06-1962*, 15 de junio de 2017.

63 *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled «Trial Judgment», ICC-02/04-01/15-2022-Red*, 15 de diciembre de 2022.

violencia sexual y de género contra niñas soldado son un claro ejemplo. En Ntaganda, la Sala de Apelaciones sostuvo que miembros de un grupo armado pueden ser víctimas de los crímenes de guerra de violación a manos de miembros del mismo grupo. La Sala fue contundente en cuanto a que los combatientes no pueden ser violados o agredidos sexualmente. En Ongwen, la Sala confirmó el mismo principio y además sentenció a Ongwen (miembro de la LRA) por crímenes de esclavitud sexual y, por primera vez, por crímenes de embarazo forzado y matrimonio forzado como otro acto inhumano tipificado en el artículo 7(1)(k). El elemento central de tal figura es la imposición de una unión conyugal y estado civil resultante a la víctima. El término «unión conyugal» está asociado con los deberes y expectativas generalmente asociados con el «matrimonio». Estos deberes y expectativas pueden no solo tener un componente sexual, sino que están relacionados con «toda la dimensión social y doméstica de una relación marital». Implica una violación del derecho a casarse (elegir libremente el cónyuge, establecer una familia consensuada), que está reconocido en la Declaración Universal Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Finalmente, se debe señalar que los procesos internacionales no se desarrollan sin complejidades ni desafíos. Uno significativo es la falta de un cuerpo policial en la Corte que se pueda desplazar libremente para recabar la prueba o ejecutar las órdenes judiciales. Los Estados parte son los brazos y piernas de la Corte y tienen la obligación de cooperar con ésta y con la Fiscalía en sus investigaciones y juicios. Los Estados no parte pueden cooperar con la Corte y asistirle en sus investigaciones y juicios, como también ha sucedido. Entre las peticiones de cooperación, la Corte puede solicitar la tramitación

de documentos o asistir a la toma de testimonio, entre otras medidas⁶⁴. Si el Estado no coopera, la Corte puede emitir una decisión de no cooperación de acuerdo con el artículo 87(2). En sus años de existencia la Corte se ha enfrentado, y se enfrenta, con falta de cooperación, además de obstrucción en algunas situaciones y casos concretos, como por ejemplo en la ejecución de algunas órdenes de arresto. Ello, obviamente, dificulta y puede llegar a frustrar los procesos. No obstante, y a pesar de tales dificultades, la Corte es una institución necesaria. La experiencia y la práctica nos ha demostrado que no siempre los Estados cumplen con sus obligaciones de investigar y juzgar crímenes internacionales que, cabe destacar, son de carácter imprescriptible y no amnistiables, como la Corte Interamericana ha reconocido.

En definitiva, no solo la Corte necesita de los Estados para ayudarle a realizar su trabajo, sino que precisa de ellos para colaborar con su tarea de poner fin a la impunidad. Cabe recordar que ha habido un gran desarrollo a nivel nacional con respecto a la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales. Debido a la existencia de jurisdicción universal en muchos países, o de unos vínculos jurisdiccionales más flexibles, se están realizando procesos respecto a crímenes internacionales en diversos Estados, siendo Alemania el que ha realizado varios procedimientos recientes por crímenes de guerra contra personas involucradas en el conflicto sirio.

Esta sinergia e interacción entre la Corte y las jurisdicciones nacionales en la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales es esencial. La Corte se debe apartar, y se aparta, frente a procesos nacionales genuinos, pero los Estados deben permitir, colaborar y apoyar a la Corte cuando tales procesos no tienen lugar.

64 Estatuto, art. 93.



Ministerio
Fiscal

El derecho internacional humanitario. La protección de las víctimas en caso de conflicto armado

JUAN POZO VILCHES
General Consejero Togado (R)
Exfiscal Togado, Sala 5ª Tribunal Supremo

RESUMEN

Entre los principios fundamentales del derecho internacional se encuentra el respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Mientras que el derecho internacional humanitario solo se aplica a los conflictos armados (ya sean internos o internacionales), el derecho internacional de los derechos humanos resulta de aplicación tanto en tiempos de paz como en caso de conflicto armado.

El derecho internacional humanitario trata, en esencia, de proteger a las víctimas en caso de conflicto armado; el derecho internacional de los derechos humanos trata de garantizar el goce y disfrute de los derechos y libertades fundamentales del ser humano.

En el presente trabajo realizaremos una aproximación general al derecho internacional humanitario (tan ignorado en las aulas de nuestras universidades, y tan en boga hoy en día, debido a los enfrentamientos en Ucrania y Gaza), con especial atención a la protección de la población civil.

1. Introducción

El derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) está compuesto por una serie de normas que tratan de conciliar las necesidades bélicas con los principios de humanidad. Se trata de una rama del derecho internacional que regula tanto los medios y métodos que los contendientes pueden utilizar legítimamente durante el desarrollo de sus operaciones bélicas, así como la protección de las víctimas de los conflictos armados¹.

Desde los albores de la Humanidad, han existido conflictos entre los seres humanos, que acudían con frecuencia a la violencia para solventar sus disputas. Por desgracia, la guerra es una realidad que ha existido siempre y que, a pesar del grado de civilización alcanzado, sigue apareciendo en la actualidad, incluso en las naciones más modernas y desarrolladas.

En los primeros tiempos, el enemigo vencido era exterminado o esclavizado. Y tal represalia no solo alcanzaba a los hombres combatientes, sino también a sus pueblos. Con el paso de los siglos, y por iniciativa de los jefes militares, se van a imponer límites a la excesiva crueldad de la lucha armada, apareciendo de esta manera las denominadas *leyes de la guerra*. Ya lo dijo Cervantes por boca de don Quijote: «(...) porque la guerra también tiene sus leyes y está sujeta a ellas (...)».

Los tratadistas suelen citar, como primer texto convencional en esta materia, la Declaración de San Petersburgo de 29 de noviembre de 1868, que prohibió, en caso de guerra entre los firmantes de la Declaración, el uso de proyectiles de peso inferior a 400 gramos, y que fuera explosivo o estuviera cargado con materias explosivas o inflamables.

1 Lanz, M., "El derecho internacional humanitario: concepto, naturaleza y reglas aplicables a las acciones bélicas", en el Curso *Formación en derechos humanos. Derecho internacional, especial referencia al lawfare. Nuevos modelos de justicia restaurativa y el papel de las conformidades. Conflictos de jurisdicción. Otras cuestiones penales y procesales militares*, CEJ, Madrid, 2023, p. 3.

Esta Declaración, en la que intervinieron varios países europeos², contiene frases relevantes de la finalidad del DIH³:

«Considerando:

Que los progresos de la civilización deben tener por efecto atenuar en cuanto sea posible las calamidades de la guerra;

Que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo;

Que, a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres;

Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable;

Que el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad (...).

En atención a las finalidades del DIH que constan en la Declaración de San Petersburgo, se puede definir el DIH, siguiendo a Pictet⁴, como «el conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate».

2. *Ius ad bellum* y *ius in bello*

La guerra se trata desde perspectivas diferentes: la regulación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (lo que se conoce como *ius ad bellum*), y la regulación de los medios o modos de conducción de los enfrentamientos y la protección

2 Entre los que no se encontraba España, aunque figuraban países menos importantes, como Suecia, Noruega, Portugal o Grecia. Tampoco intervino Estados Unidos, que por aquel entonces no era todavía una potencia mundial.

3 Comité Internacional de la Cruz Roja <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-declaration-1864-st-petersburg.htm>, fecha de consulta 01-02-2024.

4 Pictet, Jean, "El derecho internacional humanitario: definición", en AA.VV. *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*, Tecnos, Madrid, 1990.

a las víctimas (lo que se conoce como *ius in bello* o DIH).

2.1. El *ius ad bellum*

Antes de la Segunda Guerra Mundial, los Estados podían recurrir al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales sin ningún tipo de cortapisa o impedimento. Acudir a la guerra era una prerrogativa de la soberanía nacional. A partir de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, se prohíbe a los Estados recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otros Estados, conforme a lo dispuesto en el art. 2.4 de la Carta⁵. Tal prohibición únicamente se exceptúa⁶ en la aplicación del sistema de seguridad colectiva del Capítulo VII de la Carta y en la aplicación del principio de legítima defensa consagrado en el art. 51 de la Carta⁷. Hoy día, el tradicional *ius ad bellum* se ha convertido en un *ius contra bellum*, y su máximo garante es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que puede acordar las medidas establecidas en el capítulo VII de la Carta en caso de amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales⁸.

2.2. El *ius in bello* o derecho internacional humanitario

En la segunda mitad del siglo XIX surgió la necesidad de elaborar instrumentos internacionales en donde se recogieran las numerosas normas con-

suetudinarias que trataban de los medios o modos de conducción de los enfrentamientos, así como de la protección a las víctimas (que constituyen el objeto del *ius in bello* o DIH).

En cuanto los medios o modos de conducción de los enfrentamientos, podemos citar, como primeras convenciones, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, normativa que se conoce tradicionalmente como *Derecho de La Haya*⁹.

Pero el *ius in bello*, como hemos dicho, no solo regula los medios o modos de conducción de los enfrentamientos, sino que también trata de la protección de las víctimas de los conflictos armados. En este ámbito, destaca, en sus orígenes, una figura excepcional: el suizo Henry Dunant.

Este hombre, testigo directo de la batalla de Solferino (1859), publicó en 1862 el libro *Recuerdo de Solferino*, en donde describía los horrores vividos en el combate, con miles de heridos abandonados a su suerte sobre el campo de batalla. Al año siguiente

9 *Ibidem*, p. 84. Si bien, como indica el prestigioso autor, "a partir del año 1968, la Organización de las Naciones Unidas se comienza a interesar en la regulación de la conducción de las hostilidades y nace lo que se ha dado en llamar el *Derecho de Nueva York*, particularmente regulando el uso o prohibiendo determinadas armas". Entre los instrumentos internacionales más recientes que tratan de los medios o modos de conducción de los enfrentamientos, podemos citar los siguientes:

- a) Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, hecha en Londres, Moscú y Washington el 10 de abril de 1972.
- b) Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, aprobada por la Resolución 31/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1976.
- c) Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 10 de octubre de 1980, y que cuenta con varios Protocolos adicionales (Protocolo I sobre fragmentos no localizables por rayos X en el cuerpo humano; Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones en el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos; Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias...).
- d) Convenio de París sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, de 13 de enero de 1993.
- e) Tratado de Ottawa sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción, de 18 de septiembre de 1997.
- f) Tratado de Oslo sobre municiones en racimo, de 30 de mayo de 2008.
- g) Tratado de Nueva York sobre la prohibición de las armas nucleares, de 7 de julio de 2017.

5 "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas".

6 Lanz, M. (2023), p. 5.

7 "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

8 Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, "Fuentes del derecho internacional humanitario", en AA.VV. *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia 2016, p. 84.

te, nació el Comité de los Cinco, origen del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR). Y al año siguiente el Gobierno suizo convocó una Conferencia internacional, que concluyó con la firma del Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. En este Convenio, los países firmantes se comprometían a amparar y proteger a los soldados heridos, se aceptó la neutralidad del personal y equipos sanitarios militares, y se adoptó el emblema de la Cruz Roja como símbolo protector identificativo de dicho personal y equipos sanitarios. De esta manera, el Convenio de Ginebra de 1864 se convertirá en el primer instrumento específico en materia de protección de las víctimas de los conflictos armados¹⁰.

Posteriormente se firmaría el Convenio de Ginebra de 1906 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos, enfermos o náufragos en las fuerzas armadas en el mar, y en 1929 se firmaron, también en Ginebra, dos convenios: el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se firmaron los famosos Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que regularon la materia con mayor profundidad y de forma más sistemática. Estos cuatro convenios (que forman la parte fundamental del llamado *Derecho de Ginebra*, en contraposición con el llamado *Derecho de La Haya*), son los siguientes:

- a) I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

Este Convenio protege a los soldados heridos y enfermos; al personal, equipos y centros médicos; al personal de apoyo civil de los enfermos y heridos que acompañan a las fuerzas armadas; a los capellanes militares, y a los civiles que de forma espontánea toman las armas para repeler una invasión.

¹⁰ Al mismo tiempo, Abraham Lincoln promulgaba en Estados Unidos el llamado *Código Lieber* (1863), que es el primer Código sobre las leyes de la guerra, pero carecía de proyección internacional, ya que solo tenía por destinatario al ejército norteamericano.

- b) II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en la mar.

Este Convenio protege a los miembros de las fuerzas armadas heridos, enfermos o náufragos; los barcos hospitales y personal médico; y los civiles que acompañan a las fuerzas armadas.

- c) III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Este Convenio establece, entre otras cuestiones, que los prisioneros deben recibir trato humanitario, alojamiento y alimentos adecuados, vestimenta y atención médica apropiados...

- d) IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Este Convenio protege a los civiles que se encuentran en zonas de conflicto y territorios ocupados.

Las disposiciones de estos Convenios han pasado de ser normas convencionales a costumbre internacional, pues la práctica totalidad de los Estados (cerca de 200) han suscrito los Convenios.

En 1977 se firmaron dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra con el fin de otorgar mayor protección a las víctimas de conflictos armados internos e internacionales:

- a) El Protocolo Adicional I, de 8 de junio de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
- b) El Protocolo Adicional II, de 8 de junio de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

En estos Protocolos Adicionales no solo se regula la protección de las víctimas, sino también las hostilidades, con lo que se produce una convergencia entre los tradicionales Derechos de La Haya y de Ginebra¹¹.

¹¹ Lanz, M. (2023), p. 7.

Con posterioridad a estos dos Protocolos Adicionales¹², surgió el llamado *Derecho de Nueva York*, que se integra por diversas convenciones promovidas en el ámbito de las Naciones Unidas, especialmente en materia de regulación de medios y métodos de combate, pero también en otras cuestiones como la protección a las víctimas y la aplicación de los derechos humanos¹³.

Es de destacar que, a partir de mediados del siglo XX, el DIH ha ampliado su campo de protección, incluyendo los bienes culturales. Así surge en 1954 la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, como reacción ante la catastrófica destrucción del patrimonio cultural durante la Segunda Guerra Mundial.

En definitiva, el DIH no prohíbe los conflictos armados, sino que trata de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario¹⁴. Significativas son las palabras de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala¹⁵: «El derecho internacional humanitario procura el respeto de derechos mínimos o inderogables en caso de conflicto armado, intenta civilizarlo mediante la aplicación de principios tales como el respeto a la población civil, la atención y cura de heridos, el trato digno a las personas prisioneras y la protección de los bienes indispensables para la supervivencia. Esta normativa, crea un espacio de neutralidad en la medida en que pretende disminuir las hostilidades, minimiza sus efectos sobre la población civil y sus bienes y busca un trato humanitario para los combatientes, heridos o prisioneros».

La estrecha relación entre DIH y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) es incuestionable. En la sentencia de 10 de diciembre de 1998 del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia se hace constar lo siguiente¹⁶:

12 Existe un Protocolo Adicional III, de 2005, que establece un emblema adicional, el cristal rojo, que tiene el mismo estatuto que los emblemas existentes, la cruz roja y la media luna roja.

13 Lanz, M. (2023), 7.

14 Salmón, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, Idehpucp, Pontificia Universidad Católica del Perú y CICR, 3ª ed., Lima, 2012, p. 27.

15 Citada por Salmón (2012), p. 27.

16 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/23.pdf> fecha de consulta 1 de marzo de 2024.

«(...) La naturaleza de todo el corpus del derecho internacional humanitario, así como del Derecho de los derechos humanos radica en la *protección de la dignidad humana de cada persona, cualquiera sea su género*. El principio general de respeto a la dignidad humana es la base fundamental y, de hecho, la propia *raison d'être* del derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos (...)».

Con el fin de facilitar la difusión del DIH, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha elaborado las normas fundamentales de DIH aplicables a todo conflicto armado, en donde se puede apreciar la gran relación existente entre el DIDH y el DIH, y que son las siguientes¹⁷:

«1. Las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades tienen derecho a que se *respete su vida y su integridad física y moral*. Dichas personas serán, en todas las circunstancias, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.

2. Se prohíbe matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate.

3. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos por la parte en conflicto en cuyo poder estén. El personal sanitario, las instalaciones, los medios de transporte y el material sanitarios serán protegidos. El emblema de la cruz roja o el de la media luna roja sobre fondo blanco es el signo de dicha protección y ha de ser respetado.

4. Los combatientes capturados y las personas civiles que se hallen bajo la autoridad de la parte adversaria tienen derecho a que se *respete su vida, su dignidad, sus derechos individuales y sus convicciones (políticas, religiosas u otras)*. Serán protegidos contra cualquier acto de violencia o de represalias. Tendrán derecho a intercambiar correspondencia con sus familiares y a recibir socorros.

5. Toda persona se beneficiará de las *garantías judiciales fundamentales*. Nadie será considerado responsable de un acto que no haya cometido.

17 <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdljs.htm#:~:text=Las%20personas%20puestas%20fuera%20de,distinci%C3%B3n%20alguna%20de%20%C3%ADndole%20desfavorable> fecha de consulta 11 de febrero de 2024.

Nadie será torturado física o mentalmente, ni sometido a castigos corporales o a tratos crueles o degradantes.

6. Las partes en conflicto y los miembros de sus fuerzas armadas no gozan de un derecho ilimitado por lo que atañe a la elección de los métodos y medios de hacer la guerra. Queda prohibido emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.

7. Las partes en conflicto harán, en todas las circunstancias, la distinción entre la población civil y los combatientes, con miras a respetar a la población y los bienes civiles. Ni la población civil como tal ni las personas civiles serán objeto de ataques. Éstos sólo estarán dirigidos contra los objetivos militares».

No obstante, es preciso aclarar que, si bien existe una gran relación entre el DIDH y el DIH, puede que una conducta sea legal conforme al DIH, pero no lo sea conforme al DIDH. El caso más llamativo es el derecho a la vida, el derecho humano máspreciado, que forma parte del núcleo duro de los derechos humanos. No solo los Estados protegen este derecho en sus ordenamientos jurídicos internos, sino que también está consagrado en los instrumentos internacionales. En este sentido, el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos... En cambio, en el DIH el derecho a la vida se encuentra plenamente protegido en el caso de heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil, pero no en el caso del combatiente enemigo. Los combatientes constituyen *per se* una amenaza en todo momento y lugar, al ser parte de las fuerzas armadas de la otra parte contendiente y tener derecho a participar directamente en las hostilidades, de ahí que el uso de la fuerza sea legítimo tomando en consideración el *status* de la persona¹⁸.

El art. 43.2 del Protocolo Adicional I reconoce que los combatientes «tienen derecho a participar directamente en las hostilidades», lo que equivale a decir

que tienen la facultad de usar la fuerza letal contra el enemigo, sin que ello suponga ilícito alguno en el orden interno o internacional, salvo que su comportamiento sea constitutivo de un crimen de guerra u otro crimen internacional¹⁹. Así, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre terrorismo y derechos humanos de 22 de noviembre de 2002 afirmó, sin el menor rubor, que el «privilegio del combatiente es en esencia una licencia para matar o herir a combatientes enemigos».

3. Los principios generales del DIH

Podemos señalar, entre los más destacados, los siguientes principios generales del DIH, siguiendo la clasificación del profesor Rodríguez-Villasante²⁰:

- a) Principio de humanidad: todos los seres humanos tienen el deber de mostrar respeto y cuidar de sus semejantes, incluidos sus enemigos. Como dice Lanz²¹, la inmensa mayoría de las normas del DIH se inspiran en esta idea, como lo demuestra de forma inequívoca el art. 3 Común²²:

«Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, *tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.*

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la *vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
- b) la toma de rehenes;

18 Martínez Alcañiz, A., «El uso de la fuerza en el marco de los conflictos armados y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos ¿utopía o realidad?», *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 115, enero-junio 2021, p. 78.

19 *Ibidem*, p. 81.

20 Rodríguez-Villasante (2016), p. 96 y ss.

21 Lanz (2023), p. 9.

22 La expresión «Común» hace referencia a que se contiene la misma fórmula en los cuatro Convenios de Ginebra.

c) los atentados contra la *dignidad personal*, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con *garantías judiciales* reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados».

El principio de humanidad es un principio básico del Derecho de Ginebra. Los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil deben ser respetados, protegidos y recibir un trato humanitario.

En el mismo sentido se pronuncia la llamada cláusula Martens²³, según la cual «(...) las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública». La cláusula Martens, que ya tenía valor de norma consuetudinaria, fue recogida en el art. 1.2 del Protocolo Adicional I.

- b) Principio de distinción: es un principio básico del DIH, recogido en el art. 48 del Protocolo Adicional I, y que veremos en profundidad más adelante. Significa que los ataques solo se pueden dirigir contra los combatientes, y no contra la población civil, y contra los objetivos militares, y no contra los bienes civiles.

El origen de este principio se puede encontrar en el español Francisco de Vitoria cuando se pregunta si «¿es lícito en la guerra matar a los inocentes?». Y da la siguiente respuesta: «nunca es lícito en la guerra matar deliberadamente a los inocentes, ni castigar a los inocentes por los delitos de los malos ni desde luego es lícito castigar a los inocentes que viven entre los malos». Esta respuesta tan sencilla y, a la vez, tan repleta de contenido, constituye el germen del principio de distinción que posteriormente ha cristalizado en normas internacionales²⁴.

La importante Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados*, recoge el principio de distinción al señalar que «en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible».

Como apunta Martínez Alcañiz²⁵, con esta Resolución se produce la convergencia del Derecho de La Haya (conducción de las hostilidades) y del Derecho de Ginebra (protección de las víctimas), «dado que para proteger mejor a las víctimas en la guerra era necesario limitar la conducción de las hostilidades y tener presente una importante aportación de los derechos humanos».

- c) Principio de proporcionalidad: se prohíben aquellos actos cuyos daños excedan de la ventaja militar esperada. Así, se prohíben los ataques que previsiblemente causen incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista²⁶.
- d) Principio de imperatividad: las normas del DIH son obligatorias para todos los contendientes.
- e) Principio de dignidad: las normas del DIH no excluyen la aplicabilidad de las propias del DIDH, que rigen de forma simultánea.
- f) Principio de seguridad: en un conflicto armado, todas las personas tienen derecho a la seguridad personal, sin que nadie pueda ser responsable de actos ajenos. Los castigos colectivos, las represalias, la toma de rehenes o las deportaciones de la población civil están prohibidos²⁷.
- g) Principio de igualdad: al igual que el DIDH, el DIH se prohíbe toda discriminación por razones de raza, sexo, religión, opiniones políticas,

23 Redactada por Frédéric de Martens en 1899.

24 Martínez Alcañiz, A., «El principio de distinción y la identificación positiva», *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 109 y 110, enero-diciembre 2018, p. 62.

25 *Ibidem*, p. 65.

26 Pérez González, M., «El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica», en AA.VV. *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, *ob. cit.*, p. 68.

27 Rodríguez-Villasante (2016), p. 98.

nacionalidad, origen social, nacimiento o cualquier otra condición. No obstante, puede haber diferencias de trato en favor de personas especialmente vulnerables (menores, mujeres embarazadas...).

- h) Principio de necesidad militar: solo se encuentra justificada la utilización de la fuerza que sea estrictamente necesaria para vencer al enemigo, en el plazo más breve posible y con el mínimo sacrificio de vidas humanas y de recursos. Cualquier exceso en el uso de la fuerza supone una vulneración del DIH.
- i) Principio de protección específica: el DIH contiene disposiciones diferenciadas para la protección de los combatientes y de las víctimas de los conflictos armados. Y dentro de las víctimas, existen también disposiciones específicas según el tipo de persona protegidas (heridos, enfermos, prisioneros, civiles...) e incluso, dentro de cada una de esta tipología, existen normas para categorías de personas especialmente vulnerables (menores, mujeres embarazadas...).
- j) Principio de irrenunciabilidad: las personas protegidas no pueden renunciar a los derechos reconocidos por el DIH (en caso contrario, sería fácil vulnerar el DIH acudiendo a coacciones para arrancar renuncias forzadas).
- k) Principio de inviolabilidad de la persona: las víctimas del conflicto armado gozan de una serie de garantías, que coinciden con las propias de los derechos humanos. No se les puede privar arbitrariamente de la vida, no se puede atentar a su integridad física o moral, se debe respetar su dignidad, se prohíbe la tortura, los castigos corporales y los tratos inhumanos o degradantes...

Es de señalar que el DIH no protege todos los derechos humanos, sino solo aquellos que son *esenciales* de la persona humana (por ejemplo, protege la vida y la integridad física de las víctimas; pero no entra en otros derechos, como la libertad de expresión).

- l) Principio de eficacia: las partes en conflicto deben respetar y hacer respetar el DIH, sin que esta obligación dependa de la reciprocidad.

- m) Principio de responsabilidad por la vulneración del DIH: afecta tanto a los individuos responsables de crímenes de guerra, como a los Estados por las infracciones que le sean imputables. Así, el art. 91 del Protocolo Adicional I dispone que «[l]a Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas». Y en su art. 89 establece que «[e]n situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo, las Altas Partes Contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas».

Por tanto, el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional, y el individuo puede incurrir en responsabilidad penal por los crímenes de guerra cometidos.

Como dice Cáceres Brun²⁸, el individuo puede responder por violaciones graves del DIH ante: «(a) tribunales internos de los Estados, que en algunos casos han constituido salas especiales a dicho efecto (Bangladesh, Bosnia, Irak, Kosovo, Serbia y Uganda), (b) tribunales ad hoc, (c) tribunales mixtos, híbridos o internacionalizados, y (d) la Corte Penal Internacional».

- n) Principio de limitación: los métodos y medios de combate que pueden emplear los contendientes no es ilimitado, sino que se ve restringido por criterios de humanidad. Este principio

28 Cáceres Brun, J., "El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos", en AA.VV. *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, ob. cit., p. 200. Y continúa el citado autor que "El control del cumplimiento de la normativa de derechos humanos tiene lugar, en el ámbito nacional, a través del Derecho interno del Estado y, en el ámbito internacional, mediante diversos órganos no judiciales de las organizaciones intergubernamentales [en las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos (que ha instaurado el denominado Examen Periódico Universal), el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité contra la Tortura, etc.]; en el ámbito regional, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos]".

apareció por primera vez en un texto convencional en la Declaración de San Petersburgo de 1868, al disponer que el empleo de armas que puedan agravar inútilmente el sufrimiento de las personas resulta «(...) contrario a las leyes de la humanidad». Con posterioridad, el art. 35.2 del Protocolo Adicional I, recoge el mismo principio, al disponer que «[q]ueda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios».

- o) Principio de precaución en el ataque: se encuentra recogido en el art. 57.1 del Protocolo Adicional I. Las operaciones militares deben realizarse con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.

Y en el citado precepto se recogen las siguientes precauciones por parte del atacante:

- Deberá hacer todo lo factible para verificar que los objetivos que pretende atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares.
- Deberá tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que se pudieran causar *incidentalmente* entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil.
- Deberá abstenerse del ataque cuando sea previsible que causará *incidentalmente* muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.
- Si se puede elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, optará por el objetivo que

sea menos peligroso para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

- El ataque se suspenderá o anulará si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es previsible que el ataque cause *incidentalmente* muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Por último, el citado art. 57 del Protocolo impone la obligación de *dar aviso* con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.

4. Ámbito de aplicación del DIH

4.1. Ámbito material

Desde su nacimiento, el DIH se aplicaba solo a las situaciones de guerra. Por eso se llamaba también Derecho de la Guerra. El concepto «guerra» atendía a un criterio puramente formal: existía «guerra» desde el momento en que se producía una previa declaración formal de guerra. Y así se recogía expresamente en el art. 1 del Convenio II de La Haya de 1907, relativo a la ruptura de las hostilidades: «[l]as potencias signatarias reconocen que las hostilidades no deberán comenzar entre ellas, sin un aviso previo e inequívoco, bajo la forma de una declaración de guerra motivada, o de un ultimátum, con declaración de guerra condicional». Por tanto, con arreglo a este precepto, la «declaración de guerra»:

- a) Debía ser previa al inicio de las hostilidades.
- b) Debía ser notificada al Estado enemigo.
- c) Debía ser siempre motivada.

Con estas precisiones, el marco temporal de aplicación del DIH no planteaba dudas: las hostilidades comenzaban o una vez declarada la guerra, o una vez incumplida la condición o condiciones impuestas al otro Estado (el ultimátum); y la guerra terminaban con la firma del tratado de paz.

Pero durante la Segunda Guerra Mundial se incumplió en bastantes ocasiones el requisito de la previa declaración de guerra. Ante esta situación, y con el fin de que el DIH también rigiera, aunque no existiera una previa declaración formal de guerra, los Convenios de Ginebra de 1949 abandonaron el concepto formal de «guerra» e introdujeron, en su lugar, el término «conflicto armado»²⁹. Así, el art. 2 Común dispone que «(...) el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra».

Por tanto, se sustituye el criterio formal (que exista guerra declarada) por un criterio material (que existan hostilidades entre dos o más Estados parte, aunque ninguna de ellas haya reconocido el estado de guerra).

Ahora bien, mientras el concepto de *guerra* formal no planteaba problemas interpretativos sobre su ámbito temporal (se iniciaba con la declaración formal de guerra y terminaba con el tratado de paz), el concepto de *conflicto armado* es bastante más difuso, máxime cuando los Convenios de Ginebra ni siquiera lo llegan a definir.

Un sencillo criterio interpretativo se puede encontrar en la sentencia de 2 de octubre de 1995 del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso Tadic³⁰: existe *conflicto armado* (internacional) «cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados»; y existe *conflicto armado no internacional* cuando existe «violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos en el territorio de un Estado». Esto es, dentro de los conflictos armados internos hay que incluir tanto los enfrentamientos

graves entre el Estado y un grupo armado, como los enfrentamientos graves entre varios grupos armados combatiendo entre sí.

Mientras el *conflicto armado internacional*, aunque no exista previa declaración de guerra, no suele ser difícil de determinar, mayores problemas plantea el conflicto armado no internacional. No cualquier alteración más o menos grave del orden público puede ser calificada de *conflicto armado no internacional*, sino solo aquellos enfrentamientos que por su gravedad e intensidad³¹ obliguen al Gobierno a utilizar al Ejército, al ser insuficiente el empleo solo de la policía.

En esta línea, el Protocolo Adicional II establece en su art. 1.2, relativo a su ámbito de aplicación material, que «el presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados». En estos casos estaremos ante «conflictos internos» pero no ante «conflictos armados internos», y entonces no procede la aplicación del DIH sino el DIDH y el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se producen.

Como hemos indicado, el DIH no contiene un concepto de conflicto armado, pero sí regula las siguientes situaciones tipo, que veremos a continuación³².

4.1.1. Conflictos armados internacionales

Los conflictos armados entre Estados son los primeros que contempló el DIH. Y, además, de forma exclusiva hasta hace más bien poco, por lo que la regulación de estos conflictos ha alcanzado un gran desarrollo si lo comparamos con los conflictos armados no internacionales. Ciertamente, ello se debe no solo a razones históricas, sino a que los Estados son muy reacios a admitir intromisiones en su propia soberanía, y a reconocer cualquier tipo de legitimidad a los grupos armados que se han levantado en armas contra el gobierno estatal.

29 Lo que ha influido en el Código Penal Militar español. El Código de 1985 aún hablaba de «guerra». En cambio, el Código de 2015 (que derogó al anterior) sustituyó el término «guerra» por «conflicto armado». Como dice la Exposición de Motivos del Código de 2015, «Las referencias que el Código Penal Militar que se deroga realizaba a la locución «tiempos de guerra» se sustituyen por la utilización en determinados tipos penales de la expresión «en situación de conflicto armado», conforme con el concepto y terminología empleados por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia consolidada en materia de derecho internacional humanitario».

30 Tadic fue el primer condenado por el citado tribunal.

31 Este elemento no se encuentra definido por las normas del DIH, por lo que es preciso examinar su concurrencia caso por caso.

32 En este punto seguiremos la famosa clasificación del profesor Rodríguez-Villasante (2016), p. 153.

Dentro de los conflictos armados internacionales se pueden distinguir los siguientes supuestos³³:

- a) Conflicto armado interestatal: cuando el enfrentamiento se produce entre dos o más Estados.
- b) Conflicto armado internacional por extensión: bajo tal denominación se incluirían las llamadas guerras de liberación nacional, es decir, los enfrentamientos de un pueblo contra la potencia colonial, contra el Estado ocupante y contra el régimen racista.

En este sentido, el Protocolo Adicional I dispone en su art. 1.4 que su aplicación comprende «los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas».

El hecho de encontrarnos ante la lucha de un pueblo contra un Estado opresor legitimaría que este tipo de conflicto sea tratado igual que los conflictos armados internacionales, a pesar de que no existan dos Estados enfrentados³⁴.

- c) Situación de ocupación bélica: esta situación se produce cuando un Estado ocupa todo o parte del territorio de otro Estado, sin que sea necesario que exista resistencia por parte del Estado o del pueblo ocupado. El art. 2 Común dispone que «el Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar».

4.1.2. *Los conflictos armados no internacionales*

Dentro de estos conflictos se pueden distinguir los siguientes supuestos:

- a) Conflicto armado interno ordinario: según el art. 3 Común, es el conflicto armado «(...) que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes». Se trata del conflicto interno básico u ordinario.

Este tipo de conflictos no estaban contemplados originariamente en el DIH, pues este solo se preocupaba de los conflictos armados entre Estados. Y será precisamente a partir de la guerra civil española cuando surja la necesidad de proteger a las víctimas de estos conflictos. En los Convenios de Ginebra de 1949 se contemplarán por primera vez este tipo de conflictos.

Evidentemente, no cualquier disturbio o alteración del orden público interior puede ser calificado de «conflicto armado». Ante el silencio de los Convenios de Ginebra, los autores suelen exigir:

- Que los enfrentamientos presenten cierta gravedad e intensidad, como hemos apuntado anteriormente.
- Que se utilice violencia armada (se trata de un conflicto «armado») por parte de los opositores (calificados por el Gobierno de rebeldes, disidentes, insurgentes...).
- Que el Estado tenga que recurrir a las fuerzas armadas, al ser insuficiente la utilización de la policía.
- Que los grupos disidentes cuenten con cierta organización.

También estaremos ante un conflicto armado interno cuando los enfrentamientos se produzcan entre dos o más grupos no gubernamentales dentro del Estado.

- b) Conflicto armado interno generalizado: son conflictos que enfrentan, dentro del territorio de un Estado, a las fuerzas armadas del Gobierno con fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados con un mando responsable y control operativo sobre una parte del territorio que les permita aplicar el DIH³⁵.

33 *Ibidem*, p. 154.

34 Lanz (2023), p. 14.

35 Rodríguez-Villasante (2016), p. 157.

Este tipo de conflictos se encuentran recogidos en el art. 1.1 del Protocolo Adicional II de 1977, al expresar que dicho Protocolo se aplicará a todos los conflictos armados no internacionales «(...) que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo».

Los requisitos que deben cumplir estos conflictos internos son los siguientes:

- Que se trate de un conflicto armado dentro del territorio de un Estado parte.
 - Que el enfrentamiento se desarrolle entre las fuerzas armadas gubernamentales, por un lado, y fuerzas armadas disidentes o movimientos organizados, por otro.
 - Que la parte no estatal se encuentre bajo la dirección de un mando responsable.
 - Que la parte no estatal haya obtenido un dominio territorial de tal magnitud, que le permita llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar las normas del Protocolo.
- c) Conflicto armado interno prolongado: no se regula ni en los Convenios de Ginebra ni en sus Protocolos, sino que se encuentra contemplado en el art. 8.2.f) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Según este precepto, se aplica el art. 8.2.e)³⁶ cuando existe

36 Que considera "crímenes de guerra", en los conflictos armados internos, a los siguientes actos: "i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra

un «conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos».

Este tipo exige mayores requisitos que el conflicto armado interno ordinario, pero menos que el conflicto armado interno generalizado, por lo siguiente:

- Se diferencia de los conflictos armados internos ordinarios en que no se exige que intervenga en el enfrentamiento las fuerzas armadas estatales, sino que la lucha puede producirse entre fuerzas armadas disidentes o entre grupos organizados entre sí.
- Se diferencia de los conflictos armados internos generalizados en que no se exige que la parte no estatal haya obtenido un dominio territorial de tal magnitud que le permita llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas. Lo único que se requiere es que los enfrentamientos sean prolongados.

4.2. **Ámbito personal**

Resulta preciso distinguir entre sujetos protegidos por el DIH (sujetos pasivos) y sujetos obligados a cumplir el DIH (es decir, sujetos activos o sujetos destinatarios de las normas del DIH).

edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo".

4.2.1. Sujetos protegidos

El DIH protege tanto a los combatientes como a las víctimas de los conflictos armados (internos o internacionales).

El DIH protege a los *combatientes* mediante la prohibición de medios y métodos de combate que causen daños o sufrimientos innecesarios o que sean incompatibles con los usos de la guerra (por ejemplo, la prohibición de utilizar el láser cegador).

El DIH protege a las *víctimas* de los conflictos armados, entendiendo por víctima aquellos sujetos que no participan en los enfrentamientos (en el sentido de personas que están *fuera de combate*), como los heridos (contemplados en el Convenio de Ginebra I y Protocolos Adicionales), los náufragos (regulados en el Convenio de Ginebra II y Protocolos Adicionales), el personal sanitario y religioso (recogido en los Convenios de Ginebra I y II, y Protocolos Adicionales), los prisioneros de guerra (contemplados en el Convenio de Ginebra III y Protocolo Adicional I) y el personal civil (regulado en el Convenio de Ginebra IV y Protocolos Adicionales).

4.2.2. Sujetos obligados

El DIH obliga, en primer lugar, a los Estados, que están obligados a cumplir y a hacer cumplir el DIH. Si incumple sus normas, incurrirá en responsabilidad internacional.

Pero no solo los Estados están obligados a cumplir las normas del DIH, sino que tal obligación afecta también a las Organizaciones Internacionales (ONU, OTAN...), a los grupos armados que intervienen en el conflicto, así como a los individuos (que responden por crímenes de guerra ante los tribunales nacionales e internacionales, ya sean tribunales *ad hoc* o la Corte Penal Internacional).

4.3. Ámbito espacial

En un conflicto armado, el ámbito espacial de aplicación del DIH no solo se limita al territorio donde se producen los enfrentamientos bélicos, sino que comprende todo el territorio de los Estados en conflicto (incluidos los espacios marítimos y aéreos),

los territorios ocupados o bajo su administración, y los espacios internacionales (como el alta mar o el espacio aéreo suprayacente).

No obstante, el derecho Internacional contempla una serie de espacios geográficos en los que no se pueden llevar a cabo operaciones bélicas, y que son los siguientes:

- a) Los territorios expresamente neutralizados (como el caso del Canal de Panamá).
- b) Los territorios expresamente excluidos por algún instrumento internacional (como el caso de la luna y los cuerpos celestes, o la Antártida).
- c) Los territorios de los Estados neutrales.

También las partes contendientes pueden excluir, mediante acuerdo, los territorios que consideren convenientes.

No obstante, hoy día, con la aparición de la ciber guerra, el ámbito espacial del desarrollo de las hostilidades ya no puede ajustarse a los parámetros tradicionales utilizados hasta ahora.

4.4. Ámbito temporal

El DIH solo tiene vigencia durante el desarrollo de un conflicto armado (a diferencia del DIDH, que es aplicable tanto en tiempos de paz como de conflicto armado).

En el caso de que nos encontremos ante una declaración formal de guerra, el DIH será de aplicación desde ese momento, y estará vigente hasta que se firme la paz.

Pero hoy día, al haberse sustituido el concepto formal de «guerra» por el de «conflicto armado», ya no es tan fácil determinar cuándo comienza la aplicación del DIH. En el caso de conflicto armado internacional, la vigencia del DIH comenzará con el primer enfrentamiento armado, y cesará cuando terminen las hostilidades. En el caso de conflicto armado interno, la vigencia del DIH comenzará cuando las hostilidades alcancen el nivel de gravedad e intensidad que ya hemos apuntado anteriormente, y cesará cuando decaiga ese nivel, lo que exige una

labor interpretativa que puede originar inseguridad jurídica.

Lanz³⁷, al hablar de la delimitación temporal del DIH, establece un triple nivel de aplicación:

- a) Vigencia ordinaria: se corresponde con la duración estricta del conflicto armado. Durante este periodo se aplica la totalidad del DIH.
- b) Vigencia prolongada: en ocasiones, el DIH se aplica incluso después de terminar las hostilidades (por ejemplo, las normas sobre devolución de prisioneros de guerra o sobre devolución de los restos de los caídos).
- c) Vigencia permanente: existen ciertas normas del DIH que se aplican en todo tiempo y lugar, con independencia de que exista o no conflicto armado (por ejemplo, difundir el DIH entre el personal militar, incluir los crímenes de guerra en el ordenamiento penal interno...)³⁸.

5. Principios generales de los enfrentamientos

5.1. El principio de distinción

El principio de distinción obliga a distinguir entre combatientes y personal civil, y entre objetivos militares y bienes civiles. Este principio tiene una doble dimensión: no se permite atacar directamente a personas y bienes civiles (dimensión pasiva), y se debe proteger a tales personas y bienes (dimensión activa, es decir, no solo no se les puede atacar, sino que, además, se les debe proteger).

Es uno de los principios básicos del DIH. Se encuentra recogido en el art. 48 del Protocolo Adicional I: «[a] fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en

37 Lanz (2023), p. 18.

38 Nuestro Código Penal, en los arts. 608 y ss., regula los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares».

Al encontrarse tal principio en el Protocolo I (relativo a los conflictos armados internacionales) pero no en el Protocolo II, algunos autores han puesto en duda su aplicación a los conflictos internos. Pero la mayoría de la doctrina considera que tal principio también es aplicable a los conflictos internos, ya que se trata de un principio consuetudinario. Además, el art. 13.2 del Protocolo II viene a ratificar este principio, en cuanto a las personas, al decir que «no serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil».

En definitiva, solo pueden ser objeto de ataque los combatientes y los objetivos militares, pero no la población civil, que debe ser respetada y protegida, *salvo que participe directamente en las hostilidades*. Y aquí surge un problema interpretativo: ¿qué significa participación directa en las hostilidades? Se trata de un tema muy complejo, hasta el extremo que el CICR publicó en 2010 una «Guía de interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades». No tiene finalidad normativa, porque no es ninguna Convención, sino que solo aclara el significado y las repercusiones de la participación directa en las hostilidades según el DIH³⁹. Según esta guía, los elementos constitutivos de la *participación directa en las hostilidades* son los siguientes:

- a) Umbral del daño: para que un acto concreto pueda calificarse de participación directa en las hostilidades, el daño que pueda causar (no el que efectivamente cause, sino el que *probablemente* pueda causar) debe alcanzar cierto umbral, esto es, que tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte, o que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos⁴⁰. Por ejemplo, matar o herir a personal

39 <https://www.icrc.org/es/publication/guia-participacion-directa-hostilidades-derecho-internacional-humanitario-dih>, fecha de consulta 11 de febrero de 2024.

40 Salmón (2012), p. 57.

militar adversario, cometer un sabotaje, limpiar el terreno de minas, vigilar a los prisioneros...

- b) Causalidad directa: debe existir un vínculo causal "directo" entre el acto y el daño. Concorre este elemento y, por tanto, existe participación directa del civil en las hostilidades, cuando un camionero civil conduce un camión cargado de municiones a una posición en el frente; pero no existe participación directa en las hostilidades si las traslada desde la fábrica a un puerto de embarque lejano del frente.

El camión es un objetivo militar, pero el camionero es un civil, por lo que debe actuar otro principio: principio de proporcionalidad (debe valorarse la posible muerte de un civil a causa del ataque a un objetivo militar).

- c) Nexa beligerante: el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en detrimento de la otra⁴¹.

Por tanto, conforme a este principio, la población civil y los bienes civiles no pueden ser atacados, al gozar de inmunidad. No obstante, esta la inmunidad no es absoluta, ya que, si los bienes civiles se utilizan para obtener una ventaja militar o para contribuir a la acción militar, desaparece su inmunidad, y en consecuencia pueden ser atacados. Y ocurre lo mismo con las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, como acabamos de ver.

Tradicionalmente, y hasta hace no mucho, las batallas se llevaban a cabo en campo abierto, por ejércitos perfectamente uniformados e identificados, lejos de los pueblos y de las ciudades. Por desgracia, en las guerras de hoy en día, esto ha cambiado, y el enemigo se camufla a menudo entre la población civil para evitar ser identificada y de esa manera realizar ataques y emboscadas con total impunidad (incluso en ocasiones lo que pretende es provocar que el otro contendiente ataque indiscriminadamente a la población civil, y de esta manera conseguir el reproche y condena de la comunidad internacional).

41 *Ibidem*, p. 58.

¿Es lícito un ataque a la población civil en estas circunstancias?

Como apunta Martínez Alcañiz⁴², en un primer momento, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el «caso Kordic», manifestó que la prohibición de atacar a la población civil imperaba en toda circunstancia *salvo por necesidades militares*. Pero posteriormente este criterio ha sido corregido en el «caso Galic», afirmándose que no hay excepción alguna a esta prohibición, ni siquiera por necesidades militares, postura que consideramos acertada. Y en el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Penal Internacional en el «caso Katanga». En definitiva, la única excepción a la prohibición de atacar a la población civil se produce cuando las personas civiles participan directamente en las hostilidades, ya que en tal caso pierden su inmunidad. Así se recoge en el art. 51.3 del Protocolo Adicional I y en el art. 13.3 del Protocolo Adicional II, redactados ambos en términos similares: las personas civiles gozarán de protección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

Conforme al Protocolo Adicional I, en caso de duda, se presumirá que la persona es civil (art. 50.1: «[e]n caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil») o que el bien es civil (art. 52.3: «[e]n caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin»).

El principio de distinción se encuentra recogido en nuestro Derecho positivo en el art. 111 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero:

«En el transcurso de cualquier operación tendrá en cuenta el principio de distinción entre personas civiles y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares para proteger a la población civil y evitar en lo posible las pérdidas ocasionales de vidas, sufrimientos físicos y daños materiales que pudieran afectarle».

42 *Ibidem*, p. 67.

5.1.1. Los combatientes

Podemos distinguir los siguientes tipos de combatientes:

a) Combatientes regulares. Comprende a los siguientes combatientes:

- Los miembros de las fuerzas armadas y los asimilados a las mismas (miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que forman parte de esas fuerzas armadas). Se recoge en el art. 4.A.1) del III Convenio de Ginebra. Se exceptúa el personal militar religioso y sanitario, y las unidades dedicadas de modo permanente y exclusivo a tareas de protección civil y porten de forma ostensible el signo distintivo internacional⁴³.
- Los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que no forman parte de esas fuerzas armadas, incluidos movimientos de resistencia organizados (Art. 4.A.2 del III Convenio de Ginebra), siempre que cumplan los siguientes requisitos:
 - estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
 - tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;
 - llevar las armas a la vista;
 - dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;

En este grupo se incluirían los partisanos.

- Los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora (art. 4.A.3 del III Convenio de Ginebra). De esta manera

se trata de proteger a aquellos miembros de las fuerzas armadas que, como ocurrió en la Segunda Guerra Mundial tras el armisticio de Francia, no se sometieron a Vichy, y continuaron luchando contra los alemanes bajo las instrucciones del Gobierno francés en el exilio del general De Gaulle.

- b) Combatientes irregulares: en este grupo se encontrarían los guerrilleros, es decir, sujetos que no pueden distinguirse de la población civil, y que combaten mediante la guerra de guerrillas (principalmente golpes de mano y emboscadas). A diferencia de los Convenios de Ginebra, el Protocolo I va a considerar a los guerrilleros como combatientes, lo que ha sido criticado por algunos autores, ya que al no distinguirse de la población civil, se puede poner en peligro a dicha población.
- c) Combatientes circunstanciales: se refiere a «la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra» (art. 4.A.6 del III Convenio de Ginebra).

No tienen la consideración de combatientes, y por tanto carecen del estatuto correspondiente, los siguientes sujetos:

- a) Los espías: el art. 29 del Reglamento de la Guerra Terrestre, anejo al Convenio II de La Haya de 1899, define al espía como el «individuo que, obrando clandestinamente o con pretextos falsos, recoge o trata de recoger informes en la zona de operaciones de un beligerante con la intención de comunicarlos a la parte contraria».

Es indiferente que el espía sea militar o civil, así como el contenido de la información que transmite (el precepto transcrito solo habla de «informes»). Lo que le caracteriza al espía es que se trata de un individuo que actúa de forma clandestina recogiendo información para transmitirla al enemigo.

43 Doménech Omeda, José Luis, "Los sujetos combatientes", en AA. VV. *Derecho internacional humanitario, ob. cit.*, p. 84.

El art. 46.1 del Protocolo Adicional I dispone que «(...) el miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto que caiga en poder de una Parte adversa mientras realice actividades de espionaje no tendrá derecho al estatuto de prisionero de guerra y podrá ser tratado como espía». En tal caso, será juzgado por espía conforme a las normas penales de la parte que lo captura.

- b) Los mercenarios: los mercenarios no tienen derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra (art. 47.1 del Protocolo Adicional I).

El art. 47.2 del Protocolo Adicional I entiende por mercenario toda persona:

- a. que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
 - b. que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
 - c. que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte;
 - d. que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
 - e. que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
 - f. que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto.
- c) Los francotiradores: Doménech⁴⁴ considera francotiradores «a los sujetos que sin formar parte de las fuerzas armadas, ni de grupo, cuerpo o movimiento organizado alguno, ac-

túan empero en el curso de un conflicto armado hostilizando a alguna de las Partes a título meramente individual».

El francotirador no cumple los requisitos del combatiente, y se caracteriza por realizar actos de hostilidad a título individual. No se puede confundir esta figura con la del «tirador selecto» integrado en las fuerzas armadas, que, aunque se le denomine vulgarmente «francotirador», ha de ser considerado combatiente.

5.1.2. Los objetivos militares

Las operaciones militares solo se pueden dirigir contra los combatientes y contra los objetivos militares. Ya hemos visto qué ha de considerarse por «combatiente»; ahora veremos el concepto de «objetivo militar».

El concepto convencional de «objetivo militar» es tardío, porque no se recoge hasta 1977 en el Protocolo Adicional I. En efecto, en su art. 52.3 se establece que «los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida».

Conforme a lo dispuesto en este precepto, los requisitos del «objetivo militar» son los siguientes⁴⁵:

- a) Que se trate de un bien material, lo que excluye a las personas.
- b) Que el ataque contribuya eficazmente a la acción militar, en razón de su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización. Por tanto, un buque de guerra, por su propia naturaleza, es un objetivo militar. Pero un bien de naturaleza primordialmente civil también se puede considerar objetivo militar, si se encuentra en un lugar determinado (por ejemplo, un depósito de combustible situado dentro de una base militar), o

44 *Ibidem*, p. 226.

45 Lanz (2023), p. 23.

cumple una finalidad específica (por ejemplo, un puente que permite el suministro de armas), o por su utilización (por ejemplo, un vehículo civil que se utiliza para el transporte de tropas), o por varias de estas circunstancias.

- c) Que su destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca una ventaja militar definida, con arreglo a las circunstancias del caso. El Protocolo quiso excluir las contribuciones indirectas y las ventajas probables, que permitirían una concepción tan amplia del “objetivo militar” que podría quedar sin efecto el principio de distinción.

5.1.3. *La protección del personal civil y de los bienes civiles*

La protección del personal civil y de los bienes civiles se configura de la siguiente manera⁴⁶:

1. Prohibición de ataques directos a la población civil y a los bienes civiles. El art. 51.2 del Protocolo Adicional I establece que «no serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles», y el art. 52.1 del citado Protocolo dispone que «los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias».
2. Definición de las personas y bienes civiles con arreglo al principio de exclusión. De acuerdo con este principio, se considera personal civil toda persona que no sea claramente identificada como combatiente (o participante con carácter directo en las hostilidades). Y se considera bien civil todos aquellos bienes que no cumplan los requisitos para ser considerados objetivos militares.
3. Prohibición de los ataques indiscriminados. No se permiten los ataques en los que se «(...) pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil» (art. 51.4 del Protocolo Adicional I). Por tal razón, el art. 51.4 del Protocolo Adicional I, prohíbe los ataques indiscriminados, entendiendo por tales los siguientes:

«a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;

b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto;

c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo;

y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil».

4. La presunción en favor de la condición de persona y bien civil, recogido en los arts. 50.1 y 52.3 del Protocolo Adicional I, y que ya hemos visto.

5.2. Medios y métodos de combate

Las partes contendientes no tienen un derecho ilimitado a escoger los medios y métodos de combate, sino que se encuentran sometidos a las exigencias del principio de humanidad. Desde el primer momento, el DIH trató de conciliar la necesidad militar con las exigencias de humanidad. Y este principio de limitación ya aparece en el Reglamento de la Guerra Terrestre de 1907, al disponer en su art. 22 que «los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo».

En el mismo sentido, el Protocolo Adicional I recoge el principio de limitación en su art. 35.1 al establecer que «en todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado».

A continuación, examinaremos la limitación de los medios de combate (es decir, de las armas), y después la limitación de los métodos de combate (es decir, de los modos o estrategias de empleo de la fuerza militar).

5.2.1. *Limitación de los medios de combate*

Como ya hemos apuntado anteriormente, ya en la temprana Declaración de San Petersburgo de 1868 se señalaba lo siguiente:

⁴⁶ *Ibidem*, p. 24.

«Que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo;

Que, a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres;

Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable;

Que el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad».

En el mismo sentido, el art. 23.e) del Reglamento de la Guerra Terrestre de 1907 prohíbe «emplear armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios».

Esta limitación es una constante en todos los instrumentos de DIH firmados a lo largo del último siglo. Hoy día, el Protocolo Adicional I contiene el mismo principio en el art. 35.2: «[q]ueda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios».

Existen numerosos instrumentos internacionales que prohíben el uso de determinadas armas, ya sea de forma absoluta (por ejemplo, armas químicas), o de forma condicionada (solo se prohíben en ciertos casos; por ejemplo, las armas incendiarias, cuyo empleo se prohíbe cuando el objetivo esté dentro de una población). Me remito a lo ya visto en páginas anteriores.

5.2.2. Limitación de los métodos de combate

Las limitaciones que acaban de exponerse a los medios de combate también resultan de aplicación a los métodos de combate, esto es, a los procedimientos y estrategias para el uso efectivo de la fuerza bélica. Además, a los métodos de combate se les aplica las siguientes prohibiciones específicas:

a) La perfidia: según el art. 37.1 del Protocolo Adicional I «queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando

a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:

- a. simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;
- b. simular una incapacitación por heridas o enfermedad;
- c. simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y
- d. simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto».

Ahora bien, el propio Protocolo se preocupa de distinguir entre perfidia y estratagema (que está permitida), al disponer lo siguiente: «[n]o están prohibidas las estratagemas. Son estratagemas los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable en los conflictos armados, ni son péfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas los actos siguientes: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas».

- b) El uso indebido de signos y emblemas reconocidos: el art. 38.1 del Protocolo Adicional I prohíbe hacer uso indebido «del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros emblemas, signos o señales establecidos en los Convenios o en el presente Protocolo. Queda prohibido también abusar deliberadamente, en un conflicto armado, de otros emblemas, signos o señales protectores internacionalmente reconocidos, incluidos la bandera de parlamento y el emblema protector

de los bienes culturales». Y en su art. 38.2 también prohíbe «hacer uso del emblema distintivo de las Naciones Unidas, salvo en los casos en que esa Organización lo autorice».

c) El uso indebido de banderas, emblemas o uniformes de otros países: el art. 39 del Protocolo Adicional I prohíbe:

- Hacer uso en un conflicto armado de las banderas o de los emblemas, insignias o uniformes militares de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto.
- Hacer uso de las banderas o de los emblemas, insignias o uniformes militares de Partes adversas durante los ataques, o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares.

d) El combate sin cuartel: el art. 40 del Protocolo Adicional I prohíbe «ordenar que no haya supervivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión».

e) El ataque al adversario fuera de combate: el art. 41.1 del Protocolo Adicional I prohíbe atacar a una persona «cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba reconocerse que está fuera de combate». Y su art. 41.2 establece lo siguiente:

«Está fuera de combate toda persona:

- a) que esté en poder de una Parte adversa;
 - b) que exprese claramente su intención de rendirse; o
 - c) que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse;
- y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse».

f) El ataque a los ocupantes de aeronaves: el art. 42 del Protocolo Adicional I dispone lo siguiente:

«1. Ninguna persona que se lance en paracaídas de una aeronave en peligro será atacada durante su descenso.

2. Al llegar a tierra en territorio controlado por una Parte adversa, la persona que se haya lanzado en paracaídas de una aeronave en peligro deberá tener oportunidad de rendirse antes de ser atacada, a menos que sea manifiesto que está realizando un acto hostil.

3. Las tropas aerotransportadas no quedarán protegidas por este artículo».

g) El aterrorizar a la población civil: el art. 51.2 del Protocolo Adicional I prohíbe «los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil».

h) El uso de escudos humanos: el art. 51.7 del Protocolo Adicional I dispone que «la presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares».

i) El hacer pasar hambre a la población civil: el art. 54.1 del Protocolo Adicional I prohíbe, como método de guerra, el «hacer padecer hambre a las personas civiles».

5.3. Medidas de precaución

El Capítulo IV del Título IV del Protocolo Adicional I contiene dos preceptos: el art. 57 (relativo a las «precauciones en el ataque») y el art. 58 (relativo a las «precauciones contra los efectos de los ataques»).

5.3.1. Precauciones en el ataque

El art. 57 del Protocolo Adicional I contiene las siguientes precauciones:

1. Las operaciones militares deben realizarse con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.

2. Quienes preparen o decidan un ataque deberán:
 - i. hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares.
 - ii. tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;
 - iii. abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.
3. Un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.
4. Se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.
5. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

5.3.2. Precauciones contra los efectos del ataque

Estas obligaciones tratan de evitar posibles daños a la población civil que se encuentre bajo el control de una parte, proveniente de posibles ataques del enemigo. Según el art. 58 del Protocolo Adicional I, las Partes en conflicto, hasta donde sea factible, adoptarán las siguientes precauciones:

1. Se esforzarán por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control.
2. Evitarán situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas.
3. Tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control.

Bibliografía

- AA.VV. *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia 2016.
- AA.VV. *Derecho Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2016.
- AA.VV. *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, Tecnos, Madrid, 1990.
- ABELLÁN, V. (coordinador), *La regulación jurídica internacional de los conflictos armados*, Oficina Autonómica Cruz Roja, Barcelona, 1992.
- AMBOS, K., *El crimen de agresión después de Kampala*, Dykinson, Madrid, 2011.
- BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005.
- CACERES BRUN, J., *Manual Básico de Derechos Humanos y Derecho internacional Humanitario*, Cruz Roja Española, Madrid, 2003.
- DOSWALD-BECK, L. "El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 22, núm. 139, febrero 1997.

- ESER, A., *Hacia un derecho penal mundial*, Comares, Granada, 2009.
- FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J. L., *El Derecho de los Conflictos Armados. De iure belli. El Derecho de la Guerra. El Derecho Internacional Humanitario. El Derecho Humanitario Bélico*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2004.
- GÜELL PERIS, S., *Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario*, Dykinson, Madrid, 2005.
- HENCKAERTS, J.M., DOSWALD-BECK, L., *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, CICR, Buenos Aires, 2007.
- JESCHECK, H.H., "El tribunal penal internacional", *Revista Penal*, núm. 8, 2001.
- KALSHOVEN, F., ZEGVELD, L., *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al Derecho internacional humanitario*, CICR, Ginebra, 2001.
- LANZ, M., "El conflicto en las sombras: aspectos generales y elementos jurídicos de las operaciones en la zona gris", *Biblioteca Virtual de Defensa*, 2019.
- LANZ, M., y LÓPEZ ALFRANCA, V., "Ciberespionaje y derecho internacional", *Retos del derecho ante las nuevas amenazas*, Dykinson, Madrid, 2015.
- LANZ, M., "Aspectos jurídicos de las operaciones en la zona gris", Ponencia en la Academia de las Ciencias y las Artes Militares, 2023.
- LANZ, M., "El Derecho Internacional Humanitario: concepto, naturaleza y reglas aplicables a las acciones bélicas", en el Curso *Formación en derechos humanos. Derecho internacional, especial referencia al lawfare. Nuevos modelos de justicia restaurativa y el papel de las conformidades. Conflictos de jurisdicción. Otras cuestiones penales y procesales militares*, CEJ, Madrid, 2023.
- LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001.
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., "Conflictos armados y Derecho Internacional Humanitario", *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 36, 2020.
- MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "Crímenes de guerra y justicia universal", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 99, enero-diciembre 2012.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "El Derecho Penal Internacional frente a los actos de terror acaecidos durante un conflicto armado", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 102, julio-diciembre 2014.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "El principio de distinción y la identificación positiva", *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 109 y 110, enero-diciembre 2018.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario: especial consideración a la represión de infracciones", en el Curso *Formación en derechos humanos. Derecho internacional, especial referencia al lawfare. Nuevos modelos de justicia restaurativa y el papel de las conformidades. Conflictos de jurisdicción. Otras cuestiones penales y procesales militares*, CEJ, Madrid, 2023.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "El uso de la fuerza en el marco de los conflictos armados y la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ¿utopía o realidad?", *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 115, enero-junio 2021.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Madrid, 2015.
- MOULINEN, F. de, *Manual sobre el Derecho de la guerra para las Fuerzas Armadas*, CICR, Ginebra, 1991.
- OLÁSULO ALONSO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008.
- PASTOR, D.R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006.
- PICTET, J., *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Instituto Henry Dunant. 1986.
- PIGNATELLI y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.
- PIGNATELLI y MECA, F., *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.
- QUESADA, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L., "Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte penal Internacional", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 75, 2000.
- SALMÓN, E., *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Idehpucp, Pontificia Universidad Católica del Perú y CICR, 3ª ed., Lima, 2012.
- VILLALPANDO, W., *De los derechos humanos al derecho internacional penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.



Ministerio
Fiscal

La jurisdicción universal

DOLORES DELGADO GARCÍA
Fiscal de Sala Coordinadora
de Derechos Humanos y Memoria
Democrática

RESUMEN

La justicia universal constituye un principio de atribución extraterritorial de la jurisdicción a los Estados para investigar y, en su caso, enjuiciar, independientemente de la existencia o no de vínculo alguno con otros títulos relacionados con su soberanía, los delitos internacionales de primer grado, es decir, aquellos que tienen el carácter de internacionales en virtud de su previsión por disposiciones de derecho consuetudinario o convencional y que afectan al llamado «núcleo duro» de los derechos humanos, pues los bienes jurídicos por ellos protegidos son titularidad de la humanidad en su conjunto. Se erige, además, en una herramienta esencial en la lucha de la comunidad internacional contra la impunidad.

Tras analizar el fundamento y fines del principio de jurisdicción universal, los debates generados en torno al mismo y la evolución legislativa producida en nuestro país —pasando de un sistema puro o absoluto a otro restringidísimo—, se reflexiona sobre la necesidad de abordar un replanteamiento de la cuestión, mediante una reforma normativa que tenga como eje fundamental un principio

de jurisdicción universal consecuyente con su fundamento, alcance y naturaleza.

Asimismo, se plantean cuestiones como la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos internacionales, y se propone una nueva dimensión de la justicia universal que acoja otros principios novedosos como el de la jurisdicción cooperativa y la jurisdicción interestatal.

1. Introducción

Una de las manifestaciones de la soberanía de los Estados es el ejercicio del *ius puniendi*. Se trata de una de las afirmaciones de su independencia que comprende, precisamente, lo que conforma su territorio. Por ello, la regla general es el carácter territorial de la jurisdicción penal: la jurisdicción penal de un Estado se extiende a los hechos cometidos en su territorio (geográfico o jurídico).

Sin embargo, y a pesar de la prioridad de ese título de jurisdicción, los Estados admiten otros principios, tales como la nacionalidad del sujeto activo o pasivo del hecho, lo que respondería a que la soberanía de los Estados se ejerce no solo sobre el territorio, sino también sobre los propios nacionales.

Además, existen intereses nacionales que los Estados consideran dignos de protección más allá de sus fronteras y sobre los que despliegan su soberanía. Se trata de aquellos intereses relacionados con la seguridad, sus instituciones o el crédito del propio Estado.

Pero, en un estadio en el que la Humanidad ha demostrado su evolución hacia la consolidación de la Civilización de las naciones, los Estados han acogido en sus legislaciones internas el principio de jurisdicción universal, caracterizado, precisamente, por no guardar vínculo alguno con los otros títulos relacionados con la soberanía (territorio, nacionalidad activa o pasiva de los sujetos e intereses particulares).

Ante determinados hechos delictivos, aquellos que constituyen crímenes contra la Humanidad, las más graves violaciones de los derechos humanos, considerados bárbaros y, por tantos, atentatorios contra la propia Civilización y su titular, que es la Humanidad, los Estados han considerado que ello es suficiente

para justificar su persecución, sea cual fuere el lugar de comisión o la nacionalidad de las víctimas o victimarios, con el fin de impedir la impunidad. Y ello sin perjuicio de la concurrencia de jurisdicciones en la investigación, lo que garantiza una mayor efectividad para un justo enjuiciamiento por la jurisdicción que corresponda.

2. La jurisdicción universal como principio de solidaridad universal

La jurisdicción universal se constituye en una herramienta que contribuye a evitar indeseables espacios de impunidad. Al tiempo, se erige en un instrumento imprescindible en la persecución de crímenes transfronterizos y nucleares de la delincuencia organizada internacional y que, fundamentalmente, se ha mostrado eficaz en la defensa de las víctimas de horribles crímenes, poniendo de manifiesto el alcance del concepto de *víctima universal*.

Lejos de ser un fenómeno excepcional, se trata de un criterio de atribución de jurisdicción presente en un importante número de las legislaciones nacionales. España era un claro exponente de ello. Si bien nuestro país destacó en el ejercicio de la jurisdicción universal por la preparación y disposición de nuestros tribunales para aplicarla como respuesta a procesos promovidos, fundamentalmente, por las víctimas en su anhelo de verdad y justicia.

El principio de jurisdicción universal es una conquista irrenunciable de toda la humanidad y, en particular, de las sociedades democráticas. Se trata de un avance decisivo en la defensa de los Derechos Humanos universalmente reconocidos en una sociedad global. Forma parte del sistema de justicia internacional, que defiende los intereses y valores de la comunidad en su conjunto, más allá de los puramente estatales o particulares, y posibilita que estos crímenes internacionales no queden impunes.

El derecho internacional vigente obliga a todos los Estados a perseguir, por su especial gravedad, ciertos crímenes, se produzcan donde se produzcan y con independencia de la nacionalidad o residencia de las personas agresoras y de sus víctimas. Porque hay conductas tan odiosas que trascienden a

las propias víctimas, ofenden a toda la comunidad y ponen en peligro los principios generales de civilización consagrados por las normas protectoras de los Derechos Humanos. El principio de jurisdicción universal es un principio de solidaridad universal.

3. Debates en torno al principio de justicia universal

Este principio, a pesar de contar con un sólido fundamento y una notable práctica, no ha estado exento de polémica. En los últimos tiempos se ha cuestionado su concepto, su naturaleza y su alcance. Este debate se extiende también a la determinación de qué delitos debe acoger el principio de justicia universal y qué requisitos son necesarios para la persecución de los mismos.

La jurisprudencia española emanada de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha sido relevante en la interpretación de los elementos configuradores del principio de justicia universal. Asimismo, la doctrina científica de nuestro país ha sido posiblemente una de las que más ha profundizado en este principio, haciendo relevantes aportaciones con reflejo en la práctica judicial.

Este conjunto de factores legislativos, jurisprudenciales, doctrinales y prácticos sitúa a los operadores jurídicos de nuestro país en un lugar privilegiado para abordar el principio de universalidad y tratar de establecer su marco configurador, teniendo en especial consideración la evolución del mismo desde sus orígenes hasta la actualidad.

El paso del tiempo ha permitido observar el devenir de este principio, sus avances y retrocesos en todos los aspectos: concepto, naturaleza, fundamento, catálogo de delitos acogidos por el mismo y condiciones para su eficacia.

Los ejes fundamentales de la discordia se vienen ciñendo a los ilícitos penales que deben ser objeto de este principio, al carácter obligatorio o facultativo de su aplicación, a su naturaleza absoluta o relativa y a la cuestión de si el ejercicio jurisdiccional universal es concurrente o subsidiario respecto de otras eventuales jurisdicciones nacionales.

La alarmante realidad internacional que estamos viviendo en relación con la vulneración de los derechos humanos, la violación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, nos debería llevar a una profunda reflexión sobre la necesidad de una reforma legislativa en la materia.

Debemos poner todos los medios a nuestro alcance para reducir los espacios de impunidad que propician un escenario de constante violación de los derechos humanos.

4. Evolución de la regulación de la jurisdicción universal en España

La regulación del principio de jurisdicción universal ha sufrido diferentes reformas legislativas. En esta evolución se aprecia la disparidad de criterios jurídicos adoptados.

El principio de jurisdicción universal viene recogido en el art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial* (en adelante, LOPJ). La redacción inicial de 1985 adoptó el llamado «principio de jurisdicción universal puro o absoluto», y concurrente respecto de otras eventuales jurisdicciones que pudieran conocer de los mismos hechos.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, *complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, transformó la jurisdicción universal para acoger un principio restringido de aplicación extraterritorial de la ley española. Esta reforma supuso una limitación de la competencia de la jurisdicción española al exigir un necesario vínculo de conexión relevante con España y, además —y en contra del principio de concurrencia que rige en la jurisdicción universal—, requerir que no se hubiera iniciado un procedimiento sobre aquellos hechos en otro país.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial relativa a la jurisdicción universal*, con un texto de difícil comprensión,

adopta un modelo de jurisdicción universal restringidísimo. De acuerdo con esta modificación, solo se pueden investigar crímenes contra la humanidad cuando el procedimiento se dirija contra una persona de nacionalidad española o extranjera que resida habitualmente en España o se encuentre en el Estado español y su extradición haya sido denegada por las autoridades españolas. Además, se suprime la posible actuación de las acusaciones particulares. Al tiempo, se imponen nexos de conexión para cada delito particular y se mantiene la subsidiariedad de la jurisdicción.

5. Necesidad de un nuevo planteamiento de la jurisdicción universal en nuestro país

Hoy más que nunca se necesita un replanteamiento legislativo de la materia. Se hace precisa una reforma que tenga como ejes fundamentales un principio de jurisdicción universal consecuente con su fundamento, alcance y naturaleza. Un modelo que permita perseguir, en jurisdicciones nacionales ajenas al lugar de comisión, los más graves crímenes internacionales *de primer grado*, esto es, aquellos que tienen el carácter de internacionales en virtud de su previsión en disposiciones de derecho consuetudinario o convencional, sin exigir entre el hecho, sus presuntos responsables, las víctimas y el Estado que ejerce la jurisdicción vínculo de conexión alguno.

Por otro lado, una posible reforma debería instaurar otro principio, de carácter novedoso en nuestro sistema: el de jurisdicción penal interestatal, con un régimen propio. Su finalidad sería perseguir, mediante la cooperación de los distintos Estados, aquellos delitos *de segundo grado*, es decir, aquellos que han sido internacionalizados por los Estados porque menoscaban intereses comunes a todos ellos.

Este principio de aplicación interestatal de la ley penal en el espacio permitiría, bajo los presupuestos establecidos por los correspondientes tratados internacionales, perseguir judicialmente estos delitos en España, a pesar de que su comisión total o parcial se haya producido fuera del territorio nacional.

También sería necesaria la incorporación del principio de personalidad pasiva. La larga ausencia de

este principio en nuestro sistema normativo debe llegar a su fin. Este principio debe otorgar ahora jurisdicción penal a España para enjuiciar a los presuntos responsables de hechos cometidos en el extranjero contra personas de nacionalidad española. La soberanía del Estado no solo debe ejercerse para castigar a sus nacionales, sino también para protegerlos.

Dicha reforma tendría como finalidad impedir la impunidad de los crímenes o delitos internacionales —tanto de primer como de segundo grado—, y garantizar el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva, para procurar en lo posible que vean restituida su dignidad a través de la justicia.

El principio de jurisdicción universal deber reservarse, como se señalaba, para la persecución de los crímenes internacionales más graves o de primer grado, entendiéndose por estos los que provienen del derecho internacional convencional o consuetudinario. Dichos delitos vulneran los bienes jurídicos supranacionales o universales más importantes o valiosos de la comunidad internacional, garantizados en convenios y tratados internacionales y que afectan a la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, determinando la responsabilidad penal de la persona física o jurídica.

El estatus de estos delitos de primer grado impone la obligación internacional de investigarlos y enjuiciarlos de forma efectiva, bajo los estándares del juicio justo, no solo ante tribunales internacionales, sino también nacionales —incluso bajo el principio de jurisdicción universal—, cuando los Estados en cuyo territorio se cometieron no quieran o no puedan enjuiciarlos.

El ejercicio jurisdiccional se ejercerá aquí sin ningún vínculo de conexión entre el hecho y el autor con el Estado de enjuiciamiento. Se incluyen en este principio los crímenes sobre los que existe consenso sobre su máxima gravedad y correlativo deber de persecución.

El Estado español tiene el deber de hacer comparecer ante la justicia a los responsables de los delitos internacionales de primer grado. Con ello se trata de garantizar que se rindan cuentas por las más graves vulneraciones del derecho internacional de los

derechos humanos, como son los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otros similares.

Es cierto que debería establecerse, al objeto de racionalizar y hacer más efectiva su aplicación, un doble criterio de razonabilidad en el ejercicio penal. Por un lado, exigiendo, como requisito de procedibilidad, la interposición de querrela por la víctima, el Ministerio Fiscal o una acusación popular. Por otro, impidiendo el dictado de órdenes internacionales de detención con fines de extradición contra presuntos responsables hasta que no se dicte en el procedimiento penal correspondiente un auto de procesamiento firme.

España ha asumido las obligaciones impuestas en los convenios suscritos, y lo ha hecho ante la comunidad internacional. Entre otras obligaciones, y tras ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, mediante Instrumento de 19 de octubre de 2000 (BOE 27 de mayo de 2002), asumió la de no permitir la impunidad. Ello implica el deber jurídico de investigar, enjuiciar y, si procede, condenar a los responsables de los crímenes internacionales más graves. Se trata, en definitiva, y como se ha dicho, de un principio de interdicción de la impunidad.

El Preámbulo del Estatuto de Roma califica expresamente los crímenes internacionales de su competencia (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión) como «atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad». Al mismo tiempo, dispone que los mismos no pueden quedar sin castigo al establecer que los Estados tienen el deber de «ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales».

El principio de interdicción de la impunidad tiene, pues, apoyo normativo en el propio Estatuto de Roma, siendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional complementaria o subsidiaria de las jurisdicciones domésticas. Los Estados vienen obligados a remover los obstáculos fácticos y jurídicos que pudieran impedir o dificultar la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, condena de los responsables. Entre estos obstáculos se encuentra, precisamente, la ausencia de jurisdicción de los tribunales nacionales para co-

nocer de estos crímenes, pues los Estados parte del Estatuto están obligados internacionalmente a adaptar su legislación interna para evitar la impunidad y —como dice su Preámbulo— «contribuir así a la prevención de nuevos crímenes».

La interdicción de la impunidad también debe valorarse desde la perspectiva de las víctimas, y de su derecho a que el Estado persiga a los responsables de estos crímenes atroces.

6. La jurisdicción universal cooperativa e interestatal: una nueva dimensión de la justicia universal

6.1. La jurisdicción universal cooperativa

Debemos iniciar una nueva dimensión del principio de jurisdicción universal: el de la jurisdicción universal cooperativa. Esta permitirá investigar determinados hechos y la autoría o participación de sus responsables no para ser juzgados por nuestros tribunales, sino como una nueva forma de cooperación efectiva con los órganos judiciales de otros países o de organizaciones internacionales reconocidas. Con ello se persigue la finalidad de que el enjuiciamiento se pueda llevar a cabo por los tribunales de aquel país que se encuentre en mejor posición o en el que se den condiciones de razonabilidad, por ser el lugar donde se encuentre el posible responsable de los hechos o porque concurra alguna otra circunstancia similar.

Se trataría, así, de dar cumplimiento a la obligación de investigar estos crímenes con la posibilidad de recabar material probatorio para, si así procede, ponerlo a disposición de aquella jurisdicción en mejores condiciones para el enjuiciamiento.

En definitiva, se establece, a través del ejercicio de la jurisdicción universal, una comunidad de cooperación en la investigación de los crímenes que afectan al núcleo duro de los derechos humanos.

6.2. La jurisdicción universal interestatal

Diferente sería el principio de jurisdicción universal interestatal. Dicho principio operaría para la perse-

cución de aquellos delitos que protegen intereses nacionales, pero que, al tiempo, son de preocupación común para los distintos Estados. Estos delitos se internacionalizan en los correspondientes convenios internacionales con el objetivo común de que los países, mediante la coordinación interestatal, persigan eficazmente en las jurisdicciones nacionales a las personas físicas o jurídicas responsables de los mismos, de tal forma que, a través de este principio, nuestros tribunales podrían ejercer la jurisdicción penal frente a delitos cometidos fuera del territorio nacional, con sujeción a los vínculos de conexión previstos en los diferentes convenios internacionales.

Durante las primeras décadas del siglo XXI se ha intensificado la internacionalización de las relaciones a todos los niveles. Tanto los Estados como las personas físicas o jurídicas se han visto afectadas directa o indirectamente por las iniciativas de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales a nivel regional, que buscan ofrecer una respuesta satisfactoria a la creciente interconexión para, por un lado, promover los valores universales y los derechos humanos clásicos y emergentes y, por otro, prevenir, tratar y reconducir los abusos contra estos derechos fundamentales. A tal fin, se ha avanzado en la firma de tratados internacionales y se han emprendido cambios legislativos a nivel internacional, regional y nacional.

7. La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos internacionales

Uno de los cambios internacionales más significativos se ha producido en el ámbito del cumplimiento normativo, las acciones preventivas de cumplimiento y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No podemos olvidar, por ello, aquí, el relevante papel que en la comisión de crímenes de persecución universal, real o interestatal, han demostrado tener algunas corporaciones privadas.

En efecto, en los conflictos armados contemporáneos resulta cada vez más frecuente la contratación por parte de los Estados de empresas y compañías dedicadas a la industria bélica y de seguridad, y que proporcionan servicios privados militares a nivel

logístico, de asesoramiento, vigilancia, telecomunicaciones, etc., pero también de fuerza armada de combate, bien de manera autónoma bien complementaria a la actuación del ejército correspondiente.

Diversas actuaciones de los órganos de Naciones Unidas, como la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Grupo de Expertos sobre la Explotación Ilegal de Recursos Naturales o el Grupo de Trabajo sobre la Utilización de Mercenarios como medio de violar los derechos humanos¹, entre otros, han puesto de relieve la creciente participación de empresas multinacionales y nacionales en este tipo de criminalidad, así como de otras formas de personas jurídicas transnacionales, en la producción de abusos de los derechos humanos y crímenes internacionales a gran escala, de enorme impacto en personas y comunidades humanas.

En este sentido, el Grupo de Trabajo ha observado que los Estados que emplean empresas de este tipo pueden incurrir en responsabilidad por las infracciones de los derechos humanos cometidas por el personal de esas empresas, en particular si las mismas están facultadas para ejercer algún tipo de autoridad gubernamental o actúan bajo la dirección o el control de su Gobierno.

Pero, además de la eventual responsabilidad estatal, estas compañías o empresas privadas pueden ser responsables de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario perpetradas por las personas que actúan bajo su dirección, por lo que resulta necesaria la expresa referencia normativa a esta modalidad de autoría, estableciéndose la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos como genocidio, lesa humanidad, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y otros recogidos en el derecho internacional, acreedores del principio de justicia universal.

¹ Entre otros, Informe A/HRC/51/25 *sobre acceso a la justicia, a la rendición de cuentas y a los recursos para las víctimas de los mercenarios, los agentes relacionados con los mercenarios y las empresas militares y de seguridad privada*, de 5 de julio de 2022; Informe A/HRC/78/535 *sobre el entorno regulatorio de los mercenarios, agentes afines y las empresas militares y de seguridad privadas: llamamiento a la acción*; Informe A/HRC/42/42, *sobre relación entre las empresas militares y de seguridad privadas y la industria extractiva desde una perspectiva de derechos humanos*.

8. Conclusión: una propuesta de reforma legislativa

Tras el anterior análisis, toca ahora hablar de reformas legislativas que sean herramientas de paz, contribuyan a la cooperación entre los Estados y sean expresión directa del interés social como ciudadanos de un país y como miembros de la comunidad internacional.

A mi juicio, el planteamiento de un nuevo modelo de justicia universal en España ha de partir de la absoluta primacía de la garantía internacional de los derechos humanos —delitos *de primer grado*—, combinando criterios de razonabilidad cuando esta afecte a los delitos llamados *de segundo grado*, pues no resulta lógico, en atención al fundamento que subyace a cada uno de ellos, ofrecer un mismo tratamiento a categorías delictivas tan diversas.

De esta manera, el sistema de atribución de jurisdicción se fundamentaría en los siguientes principios:

8.1. Principio de territorialidad

De acuerdo con el principio de territorialidad, la jurisdicción penal española se extiende a todos los delitos cometidos en territorio español. Constituye el criterio establecido con carácter general por el art. 23.1 LOPJ, cuando establece que «[e]n el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte».

8.2. Principio de extraterritorialidad

Implica el ejercicio de la jurisdicción sobre hechos delictivos cometidos fuera del territorio español, de acuerdo con los siguientes criterios.

8.2.1. Principio de personalidad activa

Se trata de otro de los títulos tradicionalmente recogidos a la hora de atribuir la jurisdicción, en el que el elemento que determina la competencia para la aplicación de la ley penal es la nacionalidad del sujeto activo o responsable del hecho delictivo.

De acuerdo con este principio, se atribuyen a la jurisdicción española las causas por aquellos delitos cometidos en el extranjero cuando las personas criminalmente responsables fueran españolas o extranjeras que hubieran adquirido la nacionalidad española después de la comisión del hecho.

Se mantendrían los requisitos previstos actualmente en el art. 23.2 LOPJ, con algunos matices, a saber:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- b) Que la víctima o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles².
- c) Que el responsable penal no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

No se tendrá en cuenta el indulto que no sea conforme con el derecho internacional o por delitos que no puedan ser objeto de derecho de gracia en España. Tampoco la absolución por prescripción si los delitos fueran imprescriptibles según la ley penal española³.

8.2.2. Principio de personalidad pasiva

Al igual que el anterior, el criterio se aplica en virtud de la nacionalidad, esta vez, del sujeto pasivo del hecho delictivo. Este criterio de atribución no está previsto en la legislación española, por lo que no es posible la persecución en nuestro país cuando el único vínculo sea la nacionalidad de la víctima. Este principio de personalidad pasiva debería incluirse

2 Se sustituye el término *agraviado* por el de *víctima*, a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica a la hora de determinar el concepto, y por resultar, asimismo, más acorde con la nomenclatura utilizada en el ámbito de la Unión Europea.

3 Se trata de un nuevo párrafo cuya introducción se justifica en la necesidad de dispensar a la persona de nacionalidad española el mismo tratamiento jurídico que si hubiera sido juzgada desde un primer momento en España.

en un nuevo modelo, por redundar en una mayor garantía de los derechos de las víctimas y por el interés de nuestro país en su protección.

De este modo, la jurisdicción española sería competente para el conocimiento de las causas por cualesquiera delitos cometidos fuera del territorio nacional, siempre que existan víctimas que fueran españolas o que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, exigiéndose los mismos requisitos que en el caso del principio de personalidad activa.

8.2.3. *Principio de protección*

El principio de protección se fundamenta en la necesidad de los Estados de proteger más allá del límite de sus fronteras ciertos intereses nacionales. Supone la atribución de jurisdicción sobre determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse según la ley española como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional.
- b) Contra la vida, la integridad física o la libertad del titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión.
- d) Falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- e) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- f) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

8.2.4. *Principio de jurisdicción universal*

Como ya se ha reiterado a lo largo del presente artículo, el principio de jurisdicción universal, en tanto

afecta a las más graves violaciones de los derechos humanos constitutivas de crímenes contra la humanidad y protege los bienes jurídicos más elevados que son de interés de la comunidad internacional en su conjunto, ha de tener carácter absoluto y, por tanto, no precisar un determinado vínculo de persecución.

Además de los crímenes contra la humanidad, el principio de justicia universal sería de aplicación al resto de los denominados delitos internacionales de primer grado.

En su virtud, sería competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, incluidas personas jurídicas, fuera del territorio nacional, susceptibles de ser calificados según la ley española como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra del capítulo III del título XXIV del Libro II del Código Penal.
- b) Tortura.
- c) Terrorismo.
- d) Piratería.
- e) Trata de seres humanos.

8.2.5. *Principio de jurisdicción penal interestatal*

El principio de jurisdicción penal interestatal, absolutamente novedoso, implica la concurrencia de intereses comunes de distintos Estados. Se ha de diferenciar de la jurisdicción universal en base a la distinta naturaleza de los delitos a los que se aplica.

De acuerdo con el mismo, sería competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, incluidas las personas jurídicas, fuera del territorio nacional, en los términos y condiciones indicados en los convenios y tratados internacionales ratificados por España, cuando constituyeran, según la ley española, las siguientes categorías de delitos:

- a) Delitos contra el medio ambiente.
- b) Delitos económicos internacionales.
- c) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas.
- d) Delitos relativos a la mutilación genital femenina.
- e) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales.
- f) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y personas con discapacidad.
- g) Delitos contra la libertad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad.
- h) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, psicotrópicas y estupefacientes.
- i) Delitos contra la seguridad de la aviación civil.
- j) Delitos relativos a la protección física de materiales nucleares.
- k) Falsificación de moneda.
- l) Delitos de falsificación de productos médicos y que supongan una amenaza para la salud pública.
- m) Delitos relacionados con la violencia contra las mujeres.
- n) Cualquier otro delito que, según los tratados y convenios internacionales, deba o pueda ser perseguido en España.

Este principio de jurisdicción penal interestatal se activaría siempre que concurriera alguna de las siguientes condiciones:

- 1°. Que el procedimiento se dirija contra un español; o
- 2°. Que el procedimiento se dirija contra una persona de nacionalidad extranjera que se encuentre en España; o

- 3°. Que el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, de hecho o derecho, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o
- 4°. Que el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupo o cualquier clase de entidad o agrupación de personas que tenga su sede o domicilio social en España; o
- 5°. Que el delito se hubiera cometido contra una víctima española o con residencia habitual en España; o
- 6°. Que el presunto culpable se encuentre en España y su extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un tratado vigente para España.

Para estos dos últimos títulos de jurisdicción extraterritorial (universal e interestatal) se requeriría previa interposición de querrela por la víctima o por el Ministerio Fiscal. Una vez iniciado el procedimiento, sería posible la personación de la acusación popular.

En cualquier caso, los tribunales españoles no podrían librar orden internacional de detención con fines de extradición u orden europea de detención y entrega contra los presuntos responsables de los delitos amparados por la jurisdicción extraterritorial hasta que, en su caso, fuera firme el auto de procesamiento en el correspondiente procedimiento.

Por fin, durante la fase de investigación debería regir el principio de concurrencia de jurisdicciones, que implica que los tribunales de distintos Estados pueden incoar el procedimiento oportuno y practicar diligencias de instrucción con el fin de esclarecer los hechos y preservar las fuentes de prueba, colaborando así todos ellos a llevar a cabo una investigación efectiva cuyos resultados se podrán poner a disposición de los tribunales, nacionales o internacionales, que correspondieran a los efectos de enjuiciamiento.

La Ley de Memoria Democrática

FERNANDO MARTÍNEZ LÓPEZ
Secretario de Estado de Memoria
Democrática

RESUMEN

La Ley de Memoria Democrática señala en el apartado I de su Exposición de motivos que «la memoria de las víctimas del golpe de Estado, la guerra de España y la dictadura franquista, su reconocimiento, reparación y dignificación, representan, por tanto, un inexcusable deber moral en la vida política y es signo de la calidad de la democracia. La historia no puede construirse desde el olvido y el silenciamiento de los vencidos. El conocimiento de nuestro pasado reciente contribuye a asentar nuestra convivencia sobre bases más firmes, protegiéndonos de repetir errores del pasado. La consolidación de nuestro ordenamiento constitucional nos permite hoy mirar y afrontar la verdad y la justicia sobre nuestro pasado. El olvido no es opción para una democracia»¹.

¹ Véase título I de la Exposición de Motivos de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

1. La asimetría en el tratamiento de las víctimas de la guerra de España y la dictadura franquista

La violencia política fue un rasgo transversal de la dictadura franquista desde la Guerra hasta prácticamente los últimos momentos de la vida del dictador. Lo recordaba el Comité de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su informe fechado en París el 17 de marzo de 2006, cuando aprobaba por unanimidad la condena de la dictadura por las «graves y múltiples violaciones de Derechos Humanos cometidas en España por el régimen franquista, entre 1939 y 1975» y denunciaba que Franco llevó a cabo «una política de represión contra cualquier individuo susceptible, según él, de constituir una amenaza para el nuevo régimen» y como consecuencia de ello, «miles de republicanos fueron ejecutados sumariamente o enviados a prisiones, y otros muchos fueron sometidos a diversas formas de sanciones políticas o económicas». Añadía que «Franco no sólo ejerció represalias muy duras contra sus oponentes, sino que también creó un sistema político que negaba a la mayoría de los españoles el ejercicio de las libertades y derechos individuales»².

Como es bien conocido, el régimen franquista se forjó en una cruenta Guerra Civil, fruto de un golpe de Estado frustrado en julio de 1936, con el que sus diseñadores buscaban acabar por la fuerza con la legalidad republicana. La voluntad de exterminio estuvo presente entre los sublevados contra la República desde los prolegómenos de su levantamiento.

La violencia política y la violación de los derechos humanos también estuvieron presentes en la zona republicana, especialmente durante los primeros meses de la Guerra Civil. Sin embargo, el tratamiento de las víctimas de los vencedores y las víctimas de los vencidos ha sido asimétrico. «Las víctimas de los vencedores fueron reparadas ellas, y sus familiares, desde los primeros años de la posguerra». El nuevo régimen dictatorial conmemoró la victoria, homenajeó sistemáticamente a sus víctimas, *los Caídos por Dios y por España*. La liturgia nacion-

alcatólica, junto a los medios de socialización de masas al servicio del nuevo Estado franquista, con la inestimable ayuda prestada por la jerarquía de la Iglesia Católica, construyeron y alimentaron una memoria oficial distorsionada y maniquea en la que no había lugar para el olvido de sus víctimas en lo que se definió como una *cruzada contra la barbarie y el terror rojo*. Como han señalado José Luis Ledesma y Javier Rodrigo, este acto reiterado de conmemoración de *sus muertos* se convirtió de hecho en una manera de «excluir de la escena pública a los vencidos en la Guerra mediante su criminalización y eliminación simbólica»³.

El régimen franquista desarrolló desde sus inicios una poderosa política de memoria, que incluyó entre sus elementos más destacados la construcción de un relato de «victoria», «cruzada» y «martirio» que excluía, criminalizaba, estigmatizaba e invisibilizaba radicalmente a las víctimas de los vencidos tras el triunfo del golpe militar. En el marco de este relato totalitario, y al tiempo que se continuaba con una dura represión sobre los defensores de la Segunda República, se establecieron importantes medidas de reconocimiento y reparación a las víctimas que habían combatido con los vencedores. Se investigó «la actividad criminal» en la zona republicana a través de la llamada «Causa General», se les reparó económicamente, se exhumaron un gran número de fosas comunes con apoyo estatal y se entregaron los cadáveres a sus familiares; se erigieron monumentos conmemorativos y panteones por todo el país. Se inscribieron los nombres de los «caídos» en placas de los muros de las iglesias, se denominaron municipios e infraestructuras y se rotularon calles y avenidas con nombres de personajes impulsores del golpe de Estado, de la dictadura o de hechos considerados gloriosos por el régimen franquista. Los homenajes y los recuerdos simbólicos se mantuvieron y se estimularon en fechas conmemorativas, especialmente los 20 de noviembre durante las

2 Informe de condena y denuncia del régimen franquista. Comité de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. París 17 de marzo de 2006.

3 GUERRERO, Rafael y CRUZ ARTACHO, Salvador. *El contexto cívico e historiográfico del debate sobre las Políticas de la Memoria en la España de principios del siglo XXI*; en MARTINEZ LOPEZ, Fernando y GÓMEZ OLIVER, Miguel (Cords.): *La memoria de todos. Las heridas del pasado se curan con más verdad*. Sevilla, Fundación Alfonso Perales, 2014, p. 207; LEDESMA, José Luis y RODRIGO, Javier. *Caídos por España, mártires de la libertad. Víctimas y conmemoración de la Guerra Civil en la España posbélica (1939-2006)*, Ayer, n.º 63, p. 243.

primeras décadas de la dictadura. El proyecto memorial más importante se plasmó veinte años después en el Valle de los Caídos, inaugurado el 1 de abril de 1959 por el dictador Francisco Franco en el vigésimo aniversario de la «victoria» militar.

Sin embargo, las víctimas de los vencidos, gentes de partidos de izquierda, sindicalistas y aquellos otros sobre los que meramente se sospechara que no eran adictos al movimiento nacional, sufrieron las más duras represiones físicas, económicas y profesionales, fueron criminalizadas, olvidadas y estigmatizadas durante los largos años de la dictadura franquista y sus cuerpos se arrojaron a fosas comunes de cementerios y parajes abiertos a lo largo de toda la geografía española. Muchas aún permanecen en ellas.

El final de la dictadura y la llegada de la Transición apenas modificó este imaginario excluyente y asimétrico. En muchos casos, la invisibilidad de las víctimas antifascistas convivía con la vigencia de mitos e imágenes de la memoria oficial de la dictadura. La asimetría en el tratamiento de unas y otras víctimas y de sus familiares fue evidente a lo largo del franquismo y las primeras décadas de la democracia. Como afirmó Paloma Aguilar hace ya unos años, «la falta de reconocimiento, sobre todo en el ámbito local, de las víctimas del bando vencido resulta aún sangrante. A nadie se le oculta la gran asimetría que sigue existiendo, en multitud de pueblos y ciudades, a la hora de rendir homenaje a las víctimas de la Guerra Civil. Además, falta claramente voluntad política para rendir tributo público y visible a los que perdieron la guerra y a los represaliados por la dictadura»⁴.

Las demandas de conmemoración, reconocimiento y dignificación de las víctimas republicanas y las actuaciones en pro de la exhumación, identificación y restitución familiar de los cadáveres de las fosas comunes fueron impulsadas fundamentalmente por la llamada generación de los «nietos de la guerra» a finales del siglo XX, hasta tal punto que se ha convertido en las últimas tres décadas en una deuda a saldar por la democracia. Una subsanación que se ha venido acometiendo con olvidos, obstáculos y dificultades.

4 AGUILAR, Paloma. *Guerra Civil, Franquismo y Democracia*, en Claves de Razón Práctica, n.º 140, (2004) p. 33.

2. Las políticas de memoria en España desde la Transición hasta la Ley de Memoria de 2007

En las políticas de memoria impulsadas desde los inicios de la democracia hasta la promulgación de la llamada «Ley de Memoria Histórica» de 2007 se pueden señalar tres etapas claramente diferenciadas. La primera corresponde al período que va desde 1977 hasta 1982-1983 y se caracteriza por el impulso inicial de las reparaciones económicas de los gobiernos democráticos y acciones memoriales simbólicas y de exhumaciones, promovidas por los partidos de izquierda, nacionalistas, sindicatos de clase, actores civiles y ayuntamientos democráticos; la segunda oscila temporalmente entre 1984 y finales del siglo XX y estuvo marcada por un nuevo impulso de reparaciones económicas a las víctimas de los vencidos promulgadas por el gobierno de Felipe González, a la par que se asiste al fortalecimiento del revisionismo historiográfico y político; la tercera se desarrolla cronológicamente entre fines del siglo XX y la promulgación de la «Ley de Memoria Histórica», y tiene como aspectos más singulares el surgimiento por toda España de las asociaciones de memoria histórica, promovidas por la «generación de los nietos», las primeras exhumaciones de fosas comunes de víctimas republicanas realizadas con rigor científico, y la presencia de la memoria en la agenda mediática e institucional.

Veamos brevemente estas tres etapas. Concluida la dictadura, la nueva democracia no podía permitirse el lujo de mantener injustos desequilibrios que afectaban a muchas decenas de miles de españoles y, por tanto, se pusieron en marcha diversos instrumentos reparadores dirigidos a corregir y equilibrar los perjuicios y consecuencias de la Guerra Civil y la larga represión del régimen franquista. Todo empezó con los decretos y la ley de Amnistía de 1977, aprobada por amplio consenso, que supusieron la libertad para los presos políticos y sindicales y el reconocimiento de sus derechos laborales, y continuó con el reconocimiento de sus derechos pasivos durante la Transición y los años del gobierno socialista presidido por Felipe González. Militares republicanos, carabineros, agentes de orden público, docentes y otros funcionarios depurados, civiles

mutilados, viudas, exiliados, niños de la guerra, etc., fueron beneficiarios del reconocimiento de derechos de reparación por ser víctimas del franquismo⁵.

Frente a quienes sostienen que la democracia española no ha hecho nada para con las víctimas del franquismo, los datos disponibles indican por el contrario que los gobiernos de la España democrática han puesto el acento especialmente en las reparaciones de carácter económico desde el año 1977⁶, y han atendido a una variedad de situaciones en las que la represión se vino manifestando, desde afectados por depuraciones profesionales hasta los privados de libertad, pasando por desaparecidos o fallecidos, los llamados niños de la guerra, etc⁷. Incluso las proposiciones no de ley presentadas por los diputados de los grupos parlamentarios de izquierda y nacionalistas a finales del siglo XX y principios del XXI también se centraron en las reparaciones económicas de las víctimas de la Guerra Civil y la posguerra más que en otras propuestas públicas e integrales de memoria.

Por ello, puede afirmarse que, aunque durante los primeros años de la Transición se inició también un importante cambio en la simbología franquista, explícita en la modificación de nombres de calles en muchas ciudades y pueblos de la geografía españo-

la, se realizaron múltiples homenajes a líderes republicanos y socialistas⁸, y se produjeron las primeras exhumaciones, sin metodología científica, que duraron hasta 1983-1984. Todo ello fruto de la espontaneidad y voluntad de los familiares, partidos políticos de la izquierda, sindicatos de clase y especialmente de los nuevos ayuntamientos democráticos. Dicho de otra manera, no hay política pública integral de memoria planificada por parte del incipiente Estado democrático. Éste incide especialmente en las políticas de reparaciones económicas iniciadas en la Transición y continuadas gobierno tras gobierno hasta la actualidad.

Este inicial movimiento memorialista de la etapa de la Transición empieza a verse truncado a partir del intento de golpe de Estado de Tejero en 1981, los intentos golpistas y el momento que se vivía, que hizo que se primara políticamente la consolidación de la democracia a otras cuestiones que pudieran ponerla en peligro, siendo bastante ilustrativo en este sentido el silencio oficial ante el 50 aniversario de la Guerra Civil en 1986. De este modo, salvo las reparaciones económicas, se impuso el olvido de las víctimas republicanas y el estudio sobre el conocimiento de la verdad quedó relegado a las investigaciones universitarias, estudiosos, algunos periodistas e historiadores.

Paralelamente a este proceso se asiste a un reforzamiento del revisionismo histórico en la medida que la derecha fue adquiriendo fuerza política a mediados de los años noventa. Se aprovecha el 20 aniversario de la muerte de Franco para dulcificar la Dictadura e insistir en las bondades del franquismo. Se revisa la historia para concluir que la II República fue la culpable de la guerra de España y los vencedores las víctimas. El apoyo político a las tesis revisionistas se impulsa con la subida de Aznar al poder en 1996, explícito en la negativa a condenar al franquismo y el lanzamiento de consignas de «no remover el pasado», la necesidad de «pasar página» y «no reabrir heridas», con el consiguiente olvido y el silencio sobre las víctimas. Es más, se impulsa la idea de que la democracia en España se inicia en

5 Véase *Informe de Comisión Interministerial para el estudio de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo*, 28 de julio de 2006. Asimismo, GUERRERO MORENO, Rafael y CRUZ ARTACHO, Salvador, *El contexto cívico...*, p. 215.

6 Desde la Secretaría de Estado de Memoria Democrática se ha procedido a la actualización de las indemnizaciones aprobadas por todos los conceptos hasta nuestros días: el número provisional de beneficiarios supera los 600.000 con un montante total provisional (al margen de las indemnizaciones que han podido aportar las Comunidades Autónomas) en torno a los 22 mil millones de euros, que pueden superar los 25 mil millones si les sumamos el reconocimiento o mejora de pensiones a los 64.500 funcionarios y empleados depurados que, al integrarse plenamente en el régimen ordinario de Clases Pasivas, sólo puede detallarse estimativamente el importe total recibido.

7 De esta manera, se ha desarrollado todo un *corpus* jurídico, y una conciencia social, destinado a compensar y reparar las consecuencias más afrentosas de la larga confrontación vivida entre los españoles: la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de *Amnistía*; la ley 5/1979, de 18 de septiembre, de *reconocimiento de pensiones y otros beneficios sociales a favor de viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la Guerra Civil*; Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre *pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana*; Ley 4/1990, de 29 de junio, de *Presupuestos Generales del Estado para 1990*, Ley de Memoria Histórica de 2007, además de restituciones del patrimonio incautado a partidos políticos (ley 43/1998, ley 50/2007) y sindicatos (ley 4/1986).

8 Como ejemplo, la vuelta de los cadáveres de destacados dirigentes republicanos que fueron conducidos a los cementerios en manifestaciones multitudinarias, como fue el caso de Largo Caballero en Madrid o el de Martínez Barrio en Sevilla.

la Transición, negando que la II República fuera un sistema democrático.

La respuesta al proceso revisionista vino de la llamada «generación de los nietos», que quería saber lo que pasó y rendir homenaje a las víctimas republicanas, e impulsó el movimiento por la recuperación de la Memoria Histórica, que se extendió por toda España con la creación de numerosas asociaciones de memoria, convirtiéndose en un fenómeno social y cultural relevante en el último lustro del siglo XX y primeros años del siglo XXI.

Este movimiento memorialista logra en poco tiempo conquistas significativas como el impulso de exhumaciones de fosas con rigor científico desde el año 2000 y un importante apoyo mediático hasta tal punto de que la memoria empieza a ocupar un hueco en la agenda pública y social. En ese contexto se consiguen importantes avances parlamentarios tras un rosario de proposiciones no de ley de los grupos parlamentarios de izquierda y nacionalistas, como la condena unánime de los «regímenes totalitarios contrarios a la libertad y la dignidad de todos los ciudadanos» y «el reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la Guerra civil española, así como cuantos padecieron más tarde la represión de la dictadura franquista», acordado en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados el 20 de noviembre de 2002, o la implicación de algunas Comunidades Autónomas en las políticas de memoria, etc⁹.

3. La Ley de «Memoria Histórica» de 2007

Todo este conjunto de iniciativas de políticas de memoria, impulsadas no sin ciertos obstáculos, hicieron posible, gracias al gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, la aprobación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución y violencia durante la guerra civil y la dictadura*. Una ley que vino a dar respuesta a una serie de deman-

das generadas a lo largo de los años, especialmente por descendientes de las víctimas, que buscaban honrar y reparar la memoria de sus familiares, situándolos en el marco de lucha por las libertades y la democracia, como patrimonio común de la democracia española, frente al golpe de Estado de julio de 1936, la guerra y la dictadura.

De esta manera, la ley 52/2007, conocida social y mediáticamente como «ley de memoria histórica», pretendía sentar las bases para que los poderes públicos llevaran a cabo políticas públicas para el conocimiento de nuestra historia y el fomento de la memoria democrática. El gran valor de la Ley de 2007 reside en haber establecido por primera vez en nuestra democracia una auténtica política pública, integral, de memoria dirigida básicamente a la reparación de las víctimas. Para ello, la ley sitúa expresamente la memoria personal y familiar en el ámbito de la ciudadanía democrática, estableciendo un legado que se basa en una serie de deberes del Estado de reconocimiento de un derecho individual a la reparación, la declaración *ex lege* de ilegitimidad de los órganos de excepción franquistas y la injusticia e ilegitimidad de sus sentencias. Desde este punto de partida, los poderes públicos asumían a través de esta norma una serie de obligaciones destinadas a reconocer la verdad de los hechos sucedidos en España durante la Guerra y el Franquismo, localizar e identificar a los desaparecidos y a desterrar cualquier forma de exaltación de la Dictadura en el espacio público. Se trataba de dar solución a aquellas situaciones que no habían sido contempladas en el esfuerzo de reparación y compensación que venían llevando a cabo tanto la Administración General del Estado como las Comunidades Autónomas desde 1978.

Desde la entrada en vigor de la Ley, el gobierno socialista elaboró un mapa de fosas y se articularon protocolos para la localización, exhumación e identificación de los desaparecidos, apoyando con dinero público esta tarea que se situó en el marco de los familiares y de las asociaciones. Se intensificó la labor de retirada de símbolos franquistas. Se concedió la nacionalidad española a los descendientes del exilio y a los brigadistas internacionales. Se creó, en 2008, la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura para una atención e información cen-

9 Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Constitucional, 20 de noviembre de 2002, VII legislatura, n° 625, p. 20511.

tralizada a las mismas. Se articuló un procedimiento para el acceso a archivos, etc.

Las iniciativas para el conocimiento de la verdad, reparación y exhumaciones quedaron paralizadas tras las elecciones legislativas de noviembre de 2011 y la llegada del Partido Popular al poder. La amplia mayoría parlamentaria del Partido Popular y la actitud que mostró ante esta cuestión el gobierno de Mariano Rajoy significó el parón forzado de todas estas políticas públicas de memoria. «Presupuesto cero», que implantó el presidente Mariano Rajoy al desarrollo de la Ley de Memoria Histórica es bastante ilustrativo de la actitud ideológica de la derecha española, bajo el argumento, la excusa, del contexto de crisis económica y la necesidad que ésta imponía de redefinir los campos prioritarios de actuación.

Ante la ausencia de la Administración General del Estado en la implementación de políticas de memoria durante el periodo 2012-2018, éstas se mantuvieron en determinados territorios gracias las Comunidades Autónomas y los ayuntamientos. Basta analizar los cuadros de las exhumaciones realizadas entre el año 2000 y 2018, recogida más adelante, para observar que el mayor número de ellas se acometieron en la época del gobierno de Rodríguez Zapatero y que éstas se mantuvieron posteriormente por algunas Comunidades Autónomas.

Tras la moción de censura de junio de 2018, con el nuevo gobierno presidido por el socialista Pedro Sánchez, las políticas públicas de memoria se plantean como una cuestión de Estado. Se desarrolla un conjunto de iniciativas que apuntan a un decidido impulso de la Memoria Democrática, explicitadas en la creación, por primera vez en nuestra historia, de una Dirección General de Memoria Histórica, elevada a rango de Secretaría de Estado de Memoria Democrática en el seno del Ministerio de la Presidencia con el segundo gobierno de Pedro Sánchez; la exhumación del dictador del Valle de los Caídos, considerada como un hito histórico, de ruptura con el pasado franquista y de justicia para con las víctimas del franquismo y de dignidad de nuestra democracia; o la conmemoración del 80 aniversario del exilio republicano español con la celebración de más de 100 actos en España y las ciudades más significativas del exilio de Europa, América y África, con hechos tan simbólicos como la visita oficial del

presidente del Gobierno de España a las tumbas de Manuel Azaña y de Antonio Machado en Montauban y Colliure, respectivamente, o la visita al campo de Argelès-sur-Mer, en cuyas puertas el presidente pidió perdón a las víctimas y sus familiares. Posteriormente se interpuso una demanda a los descendientes del dictador y se logró la recuperación del Pazo de Meirás para uso público, se estableció el estado de la cuestión sobre la situación de las fosas comunes¹⁰ sobre el que ha descansado el plan de choque de las exhumaciones impulsadas desde 2020 y el posterior Plan Cuatrienal.

4. La Ley de Memoria Democrática de 2022

Los antecedentes que preceden al anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, aprobado en primera vuelta por el Consejo de Ministros de 15 de septiembre de 2020, hay que buscarlos en la presentación de una Proposición de Ley por parte del Grupo Parlamentario Socialista el 14 de diciembre de 2017, que fue bloqueado por la Mesa del Congreso de los Diputados conformada mayoritariamente por el Partido Popular y Ciudadanos. Con ella se pretendía reformar la Ley de 2007 y dar cumplimiento a los reiterados requerimientos y recomendaciones de los organismos internacionales de derecho humano efectuadas al Estado español en relación con la reparación integral de las víctimas de la Guerra y el franquismo; y estar a la altura de las legítimas demandas de un ingente conjunto de víctimas y organizaciones cívicas que en estos años habían reclamado insistentemente que la Ley de 2007 necesitaba ampliar su marco de actuación hacia políticas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que dieran respuesta a esta demanda social.

Una vez impulsadas las políticas públicas de memoria por el nuevo gobierno socialista en desarrollo de la ley de 2007, cabría formularse la pregunta de por qué era necesaria una nueva Ley de Memoria Democrática. Catorce años después de la aproba-

¹⁰ Véase ETXEBERRÍA, Francisco (Coord.). *Las exhumaciones de la Guerra Civil y la dictadura franquista 2000-2019*. Madrid, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, 2020.

ción de la ley, con todas las vicisitudes y obstáculos que había sufrido, especialmente por la paralización y el intento de aniquilación por parte de la derecha durante las X y XI Legislaturas, se habían puesto de relieve algunas cuestiones que necesitaban ser revisadas y algunas insuficiencias y déficits que debían ser resueltos para cubrir los objetivos que preveía la propia exposición de motivos de la ley. Asimismo, durante toda esta etapa se habían producido nuevos elementos a escala nacional e internacional que hacían preciso dar un nuevo impulso a las políticas públicas de memoria en España teniendo en cuenta a escala internacional las recomendaciones de la ONU y los avances dispositivos en las Comunidades Autónomas españolas.

A escala internacional, el Estado español había sido requerido con diversos informes por parte de distintos organismos internacionales de derechos humanos tras las visitas a España del Relator de la ONU Pablo de Greiff en 2013 y del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones forzadas e involuntarias del mismo año. Los informes de 2014 coincidían en situar las políticas de memoria democrática en el contexto del avance global de las culturas y prácticas de los derechos humanos y la necesidad de articular una verdadera política de Estado en favor de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Y, a escala nacional, la promulgación de leyes y disposiciones de memoria histórica y democrática por diferentes Comunidades Autónomas, con mecanismos que trascienden y enriquecen el régimen memorial de la ley de 2007, aconsejaban mejorar los niveles de articulación de las políticas de memoria democrática en España¹¹. Asimismo, era pertinente recoger las aportaciones y nuevas demandas del movimiento memorialista y la sociedad civil respecto

11 En aquel momento, se habían aprobado leyes de carácter integral en materia de Memoria Histórica y Democrática en Cataluña, Navarra, Islas Baleares, Andalucía, Comunidad Valenciana, Aragón, Canarias, Extremadura y Asturias.

En trámite parlamentario estaban en esos momentos las de Cantabria y Euskadi, y en La Rioja se había presentado una proposición de ley. Castilla y León y La Rioja habían aprobado normas reglamentarias que creaban órganos de asesoramiento para el cumplimiento de la Ley 52/2007 y en Castilla-La Mancha estaba en proceso de tramitación. Entonces, como a día de hoy, no han impulsado normativa relevante en esta materia Comunidades como Galicia, Madrid y Murcia.

de los déficits y el efectivo cumplimiento de los objetivos de la ley de 2007. Y, por último, no podían quedar en un cajón la aprobación de diferentes iniciativas parlamentarias presentadas por los grupos políticos en el Congreso y en el Senado a lo largo de los últimos años que coincidían en la necesidad de superar los déficits detectados y la necesidad de una nueva ley.

En función de todo ello, el Gobierno de España aprobó con fecha 20 de julio de 2022 el proyecto de Ley de Memoria Democrática y acordó remitirlo a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria. Tras un largo y sosegado proceso de diálogo y negociación a lo largo de casi dieciséis meses de tramitación parlamentaria, y fruto del acuerdo de una mayoría de fuerzas políticas de todo el arco parlamentario, la ley fue aprobada el 14 de julio de 2022 en el Congreso de los Diputados y poco después (5 de octubre) en el Senado, publicándose en el Boletín Oficial del Estado como Ley 20/2022, de 19 de octubre, de *Memoria Democrática*.

La Ley de Memoria Democrática tiene un doble objeto y finalidad: por un lado, la recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática, entendida como el conocimiento de la reivindicación, defensa de los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales a lo largo de nuestra historia contemporánea. Se le da por tanto un mayor alcance cronológico —se inicia en las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812— y no se circunscribe solamente a las etapas de la Guerra y el franquismo. Por otro, y de una manera muy significativa, es objeto de la ley el reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia 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, con la finalidad de promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva.

Se trata de preservar y mantener viva la memoria de las víctimas de la Guerra y la dictadura a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas, la justicia, el fomento de la reparación y el establecimiento de un deber de memoria por parte de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o persecución.

Como consecuencia de todo ello, se declara expresamente el repudio y condena del golpe de Estado del 18 de julio de 1936 y la posterior dictadura, en afirmación de los principios y valores democráticos y la dignidad de las víctimas. Es la primera vez que se realiza dicho repudio en una parte dispositiva y en el artículo 1º de una ley española, que además «declara ilegal el régimen surgido de la contienda militar iniciada con dicho golpe militar y que, como consecuencia de las luchas de los movimientos sociales antifranquistas y de diferentes actores políticos, fue sustituido con la proclamación de un Estado Social y Democrático de Derecho a la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978, tras la Transición democrática».

La ley tiene tres ejes transversales. En primer lugar, sitúa a las víctimas de la Guerra y la dictadura franquista en el centro de la acción pública, y establece medidas de reconocimiento y reparación al declarar el carácter injusto de las violaciones de derechos humanos, la ilegitimidad y la ilegalidad de los tribunales de excepción franquistas y especialmente avanza como novedad la nulidad de las condenas y sentencias que dictaron. Esto da lugar al derecho a obtener una declaración de reconocimiento y reparación personal. La nulidad es una de las más importantes reivindicaciones del movimiento memorialista y una de las recomendaciones a España por parte de los organismos internacionales humanitarios. Asimismo, define a las víctimas conforme a los parámetros internacionales de los derechos humanos, tomando como referencia la Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, incluyéndolas a los efectos de la aplicación del Estatuto de la víctima del delito. Y establece la creación de un censo de víctimas para darles visibilidad, conforme a las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos, dando respuesta a la fragmentación y dispersión de la información disponible sobre ese periodo. Es un deber de nuestra democracia conocer oficialmente el número de víctimas de la Guerra y la dictadura y no movernos solo con cifras estimativas.

En este marco del reconocimiento habrá dos días de recuerdo de las víctimas, el 31 de octubre y el 8 de mayo. El primero está dedicado a las víctimas de la Guerra y la dictadura, día que se conmemo-

ra la aprobación de nuestra constitución de 1978 por la Cortes Generales y día en que se aprobó, veintinueve años después, la ley de Memoria Histórica de 2007. En este sentido, apenas una semana después de la entrada en vigor de la ley, el 31 de octubre de 2022 se celebró por primera vez, con un acto de Estado presidido por el presidente de Gobierno en el Auditorio Nacional, el Día de las Víctimas del Golpe Militar, la Guerra y la Dictadura. Acto de Estado que se repitió un año después en el mismo escenario y también presidido por el presidente del Gobierno.

El segundo está dedicado a conmemorar el exilio republicano de 1939 coincidiendo con el día de la Victoria de las tropas aliadas sobre el fascismo, triunfo en el que participaron nuestros compatriotas del exilio en las tropas regulares, en la resistencia y en las fuerzas guerrilleras, gracias a cuyo sacrificio y al de los deportados en los campos de concentración y exterminio nazi formamos parte ineludible del proceso de construcción de la memoria democrática europea. Así, en el año 2023, se realizó por primera vez el 8 de mayo los actos de Estado en homenaje a las Víctimas del Exilio con organizaciones del exilio en Le Perthus, entrega de declaraciones de reconocimiento y reparación a los exiliados en Collioure, y ofrendas florales del Gobierno de España en la tumba de Antonio Machado, en el Cementerio de los españoles y en el Monolito del campo de concentración de la playa de Argelès-sur-Mer. Este año 2024, este acto institucional dedicado al exilio republicano en el norte de África y presidido por el presidente del Gobierno se ha celebrado en Alicante, lugar del que partió el buque Stanbrook, y complementará con otro acto de recuerdo y homenaje en México dedicado al exilio republicano español en América, conmemorando la llegada del Sinaia.

En el segundo eje, la ley aporta como gran novedad respecto a la de 2007 el reconocimiento del papel activo desempeñado por las mujeres españolas en la vida intelectual y política en defensa y conquista de los valores democráticos y los derechos fundamentales. Asimismo, contempla la necesidad imperiosa de que el Estado adopte las medidas necesarias para reparar las formas específicas de represión o violencia que sufrieron como consecuencia de su actividad pública durante la Guerra y la dictadura, o como madres, compañeras o hijas de represaliados

o asesinados. Reconocimiento y reparación que se extiende a las mujeres que durante la Guerra y la dictadura sufrieron privación de libertad u otras penas como consecuencia de los delitos de adulterio e interrupción voluntaria del embarazo.

Y el tercer eje es el reconocimiento explícito del papel que ha desempeñado el movimiento memorialista y la sociedad civil en las últimas décadas en las políticas de memoria, creándose, entre otras cosas, un órgano para la participación y consulta de las entidades memorialistas.

La Ley de Memoria Democrática se inscribe en el proceso de internacionalización creciente del desarrollo de las políticas de memoria democrática en España, desde que con la llegada de la democracia España se sumó a todos los tratados internacionales de Derechos Humanos reconociendo a sus diferentes órganos, ratificándose el 30 de abril de 1977 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Naciones Unidas, y con posterioridad otros como la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el 19 de octubre de 1987, o la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, el 14 de julio de 2009. En ese sentido, la ley asume la obligación del Estado español, en materia de derechos humanos, de garantizar la preservación de la memoria histórica de graves violaciones de derechos humanos. Obligación de proteger los derechos humanos que vincula a todos los poderes del Estado español, ya sea ejecutivo, legislativo o judicial, y todas las entidades de Gobierno, cualquiera que sea su nivel nacional, regional o local.

La Ley estatal de Memoria Democrática, consecuentemente, acoge el estatuto jurídico internacional de las víctimas en su articulado, a través de diversos preceptos: concepto de víctima, derecho a la verdad, derecho a la localización de personas desaparecidas o de sus restos mortales y la restitución de los mismos, derecho a la reparación, que puede incluir además modalidades específicas de reparación y garantías de no repetición, entre ellas el acceso de la memoria democrática al sistema educativo para prevenir que vuelvan a producirse estas violaciones graves de derechos humanos.

La Ley de Memoria Democrática se ancla, pues, en los Derechos Humanos, y por ello se vertebra en torno a los principios del derecho humanitario internacional: Verdad, Justicia, Reparación y Deber de Memoria como garantía de no repetición. En cuanto a la sistematización de actuaciones para hacer efectivo el derecho de las víctimas a la VERDAD, se recogen las siguientes novedades respecto a la ley de 2007: el reconocimiento explícito del 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 de derechos humanos, así como el liderazgo del Estado en la búsqueda de las personas desaparecidas durante la Guerra y la dictadura. Y lo asume como una responsabilidad propia, de Estado, tal como lo reclamaban insistentemente los organismos internacionales de derechos humanos, reorientándose la ley de 2007, que lo residenciaba en los familiares y asociaciones. Para ello se establece la planificación de actuaciones, la aplicación de protocolos científicos y la elaboración de un mapa de fosas integrado que abarque todo el territorio nacional.

El compromiso asumido por el presidente del Gobierno en su investidura en enero de 2020 de impulsar las exhumaciones de las víctimas del franquismo que continúan en fosas comunes, se ha ido desarrollando a lo largo de la legislatura, con unas magnitudes sin parangón en cualquier otra etapa pasada. En este sentido, a pesar de las dificultades derivadas por la pandemia de la Covid 19, el Gobierno de España puso en marcha un plan de choque para la realización de exhumaciones (a través de subvenciones a entidades sin ánimo de lucro y ayuntamientos), que fue la base para la implementación de un Plan Estatal Cuatrienal de Exhumaciones para la búsqueda e identificación de personas desaparecidas durante la Guerra o la represión política posterior, que consolidase de forma sostenida estas actuaciones como responsabilidad del Estado. Del esfuerzo económico a este respecto da cuenta el hecho de que a dichas actuaciones de exhumación de fosas se haya venido destinando alrededor del 60 por ciento del total del presupuesto anual de la Secretaría de Estado de Memoria Democrática, totalizando una dotación presupuestaria acumulada de más de 20 millones de euros desde 2020,

contando con las partidas del presupuesto de 2023 prorrogado para el presente ejercicio de 2024.

Con esas partidas se han financiado subvenciones a entidades sin ánimo de lucro y universidades en 2020 (451.480 euros), proyectos promovidos por ayuntamientos o diputaciones provinciales (mediante sendas subvenciones anuales desde 2020 a la FEMP, consignadas año a año en los presupuestos, con un montante total de 4,75 millones de euros) o las Comunidades Autónomas a través de transferencias acordadas en sucesivas Conferencias Sectoriales desde 2021 (con partidas anuales en los presupuestos que totalizan un importe de 12 millones de euros). A ello hay que sumar las aportaciones estatales a convenios con otras administraciones para acometer exhumaciones de grandes fosas en cementerios que albergan más de un millar de

cuerpos, como han sido las de los cementerios de Sevilla, Córdoba, Huelva, Jaén o Ciudad Real. Por último, tras la aprobación de la Ley de Memoria Democrática, los Presupuestos Generales del Estado contemplan una partida de un millón de euros para actuaciones directas de la Secretaría de Estado de Memoria Democrática.

A título de referencia, durante los seis años de mandato del presidente José Luis Rodríguez Zapatero se exhumaron 177 fosas, y en esta legislatura pasada, se han acometido más de 550 actuaciones del proceso de exhumación, que ha propiciado la recuperación de alrededor de 4.500 cuerpos, y ello considerando que no se pueden contabilizar a fecha de hoy los resultados de proyectos programados en 2023 pendientes de inicio o en ejecución.

TOTAL restos humanos recuperados de fosas comunes con metodología científica: 13.669



El año 2023 es incompleto debido a que hay proyectos en marcha no finalizados todavía (mayo 2024).

TOTAL restos humanos recuperados entre 2000 y 2018: 6.351

TOTAL restos humanos recuperados entre 2019 y 2023: 7.318

De estos 7.318, más de 4.500 forman parte de **Plan Cuatrienal de exhumaciones** puesto en marcha por la **Secretaría de Estado de Memoria Democrática**. En todo caso, no se encuentran incluidos todos los proyectos iniciados en el ejercicio del pasado año (2023) ya que algunos están en ejecución pendientes de justificación.

El resto, hasta los 7.318, corresponden a proyectos financiados por distintas Comunidades Autónomas.

Asimismo, en la ley se recoge la creación de un Banco Nacional de ADN, para lo que el departamento de Justicia, a quien se adscribe a través del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses,

ha adquirido el software «Bonaparte», que permitirá integrar perfiles de ADN de múltiples laboratorios y realizar búsquedas sistemáticas con restos *post mortem* procedentes de la exhumación de fosas

comunes de personas desaparecidas, durante el periodo de la Guerra Civil y la dictadura, y ayudar así en la identificación genética de los restos. Asimismo, se ha elaborado un manual técnico para los laboratorios que van a registrar los perfiles de ADN y un estudio para la acreditación de dichos laboratorios por parte de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN.

Y para garantizar el derecho a la verdad es fundamental, tal como plantea la ley, la protección de la documentación de la Guerra y la dictadura, del mismo modo que se garantiza el derecho de acceso a esos fondos documentales para su consulta y con fines de investigación, previendo la remoción de los obstáculos que pudieran derivarse de una interpretación restrictiva de la Ley de Secretos Oficiales. Del mismo modo se contempla la creación de un Censo de fondos documentales para la Memoria Democrática.

En cuanto a las actuaciones desde la perspectiva del derecho a la JUSTICIA, las novedades más importantes que contempla la ley respecto a la de 2007 son: en primer lugar, garantizar 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. En segundo, se crea un Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática, cuyo nombramiento se ha producido ya mediante Real Decreto 461/2023, de 13 de junio, con carácter proactivo para la investigación de dichas violaciones 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 competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización. Y, en tercer lugar, se favorece la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos relacionados con las víctimas de la Guerra y la dictadura, mediante la regulación del correspondiente expediente de Jurisdicción Voluntaria. Y, algo de suma importancia a tener en cuenta por todos los poderes del Estado, se determina de una manera expresa que «los poderes públicos interpretarán la presente ley de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos en

la materia ratificados por España, sin perjuicio de su aplicación directa cuando correspondiera»¹².

En relación con la REPARACIÓN, dado que las reparaciones económicas individuales se han venido ejecutando desde 1977, las principales novedades de la ley apuntan a lo pendiente: abordar las incautaciones, expolios, sanciones económicas, fruto en gran parte de los bandos de guerra de los militares rebeldes, los decretos de guerra y especialmente del impacto de la ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939. La fórmula para afrontarlo será la realización de una auditoria y un inventario sobre incautaciones de bienes, papel moneda, expolios y sanciones económicas para que, una vez auditados e inventariados, y se sepa el alcance económico que tienen, poder adoptar las medidas de reconocimiento a través de un nuevo marco legislativo. Por otro lado, la reparación se va a extender a la investigación sobre las personas que realizaron trabajos forzados, conocer quiénes fueron, qué empresas se beneficiaron y sitúa como objetivo la elaboración de un censo de edificaciones realizadas con fuerza de trabajo penada.

No obstante lo anterior, cabe destacar que recientemente ha quedado constituida la comisión técnica prevista en la disposición decimoquinta de la Ley de Memoria Democrática, que tiene por objeto elaborar un estudio que describa las medidas de reparación de carácter económico dirigidas a las víctimas de la Guerra y la Dictadura, reconocidas tanto en la normativa estatal como en la autonómica, que establezca conclusiones y recomendaciones sobre el grado de cobertura alcanzado y los déficits subsanables. La elaboración del estudio, que deberá ser presentado en el plazo de un año, contado a partir de la constitución de dicha comisión, abordará la naturaleza de las ayudas, las personas destinatarias, el alcance, la vigencia temporal, así como cualesquiera otros elementos relevantes en cuanto a su finalidad reparadora y el impacto y resultados obtenidos.

Por último, ampliando la medida reparadora respecto de la adquisición de la nacionalidad española de las personas que sufrieron el exilio, que ya se recogía en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, se da cabida

12 Artículo 2.2 de la Ley de Memoria Democrática.

a los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros, antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, así como los hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción al amparo de la ley de 2007¹³.

Las principales novedades respecto al DEBER DE MEMORIA como garantía de no repetición tienen que ver con la entrada de la memoria y la historia de la democracia en la escuela, en la ESO, Formación Profesional y Bachillerato, en la formación inicial y permanente del profesorado y en los procesos selectivos de la función pública. También con el fomento de la investigación a todos los niveles y temáticas, resaltando el componente europeo y global de la memoria democrática en España, o con programas específicos de divulgación que han de incluir el relato de las víctimas. Los decretos de enseñanzas mínimas impulsados por el Ministerio de Educación en aplicación y desarrollo de la LOMLOE ya recogen cómo la Memoria entra en la escuela, especialmente en la ESO y el bachillerato.

Siguiendo el camino trazado por las leyes de algunas Comunidades Autónomas, se establecen Lugares de Memoria Democrática que recogerán espacios, inmuebles, parajes o patrimonio cultural inmaterial o intangible en los que se han desarrollado hechos de singular relevancia por su significación histórica, simbólica o por su repercusión en la memoria colectiva, vinculados a la memoria democrática, la lucha de la ciudadanía española por sus derechos y libertades, la memoria de las mujeres, así como con la represión y violencia sobre la población como consecuencia de la resistencia al golpe de Estado de julio de 1936, la Guerra, la dictadura, el exilio y la lucha por la recuperación y profundización de los valores democráticos.

Lógicamente, se declara el Valle del Caídos, ahora denominado Valle de Cuelgamuros, como un Lu-

gar de Memoria Democrática cuya resignificación irá destinada a dar a conocer, a través de planes y mecanismos de investigación y difusión, las circunstancias de su construcción, el periodo histórico en el que se inserta y su significado, con el fin de fortalecer los valores constitucionales y democráticos¹⁴. Una mención particular merece el proyecto de investigación forense que se está llevando a cabo en las criptas del Valle de Cuelgamuros, en cumplimiento del artículo 54 de la Ley de Memoria Democrática y atendiendo peticiones de las 160 familias que han reclamado la exhumación y entrega de los restos de las víctimas inhumadas en ese lugar. Conforme al 1 Plan establecido por la Secretaría de Estado de Memoria Democrática y Patrimonio Nacional, avalado por el Consejo Médico Forense, los trabajos realizados por un equipo forense de la máxima cualificación, mediante protocolos reconocidos internacionalmente y laboratorios de referencia que se encuentran acreditados en este ámbito, han dado como resultado más visible el hallazgo de la caja 198 y la exhumación de las 12 víctimas asesinadas en 1936 en Aldeaseca y Fuente de Sauz (Ávila), 11 de los cuales han sido identificados genéticamente y entregados a sus familiares por el Gobierno de España.

En el deber de memoria se contemplan medidas para evitar la exaltación de la sublevación militar, la Guerra y la dictadura franquista, mediante la retirada de símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática, así como de distinciones, títulos nobiliarios o condecoraciones concedidas a los protagonistas o impulsores del golpe de Estado de 1936, la Guerra o la dictadura. Y en este marco, otra de las novedades está dirigida a la extinción de fundaciones o disolución de asociaciones entre cuyos fines o que con sus actividades lleven a cabo apología del franquismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezcan a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra ellas. En este sentido, mediante Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, se ha modificado la Ley de Fundaciones, para regular con detalle el procedimiento a seguir por el Protectorado en

13 Proceso de solicitud actualmente en desarrollo conforme a la Instrucción de 25 de octubre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de *Memoria Democrática*.

14 Un paso decisivo se ha dado ya con la publicación de la página web <https://elvalledecuelgamuros.gob.es/es>.

los supuestos de extinción judicial de la fundación a instancia de este en los supuestos legalmente establecido, como sería el previsto en la disposición adicional 5ª de la LMD.

En este apartado, es necesario reseñar que con la entrada en vigor de la ley quedaron suprimidos 33 títulos nobiliarios y grandezas de España concedidos entre 1948 y 1978.

Por último, a diferencia de la ley de 2007, otra de las grandes novedades la constituye el establecimiento de un régimen sancionador en garantía del cumplimiento de los preceptos de la ley, en el que se contemplan sanciones que van desde 200 hasta 150.000 euros en función del carácter leve, grave o muy grave de las infracciones tipificadas.

Como puede observarse, con esta ley se da un gran paso adelante en las políticas públicas de memoria de nuestro país, se entronca con lo más avanzado del derecho humanitario internacional, se dignifica a las víctimas de la Guerra y dictadura y se afianza nuestra democracia.

Una ley que se hace desde el convencimiento de que *no hay Democracia sin Memoria Democrática*. Porque la España constitucional, democrática, avanzada y moderna en la que hoy vivimos es el fruto del esfuerzo y sacrificio de muchos demócratas que hicieron posible el nacimiento de una Constitución sobre la que la sociedad española ha construido un sistema de derechos y libertades, una democracia que está considerada internacionalmente como una de las más avanzadas del mundo.

La Constitución Española de 1978 se fundamentó en un amplio compromiso social y político para superar las graves y profundas heridas que había sufrido la sociedad española con el golpe de Estado de 1936 contra el Gobierno de la Segunda República elegido democráticamente, al que siguieron la cruenta Guerra civil y cuarenta años de dictadura y represión franquista. La memoria democrática supone, pues, la culminación del camino democrático y de reconciliación emprendido por la Transición.

El Ministerio Fiscal en la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de *Memoria Democrática*

VIRGINIA GARCÍA ALLER
Fiscal adscrita a la Fiscal de Sala
de Derechos Humanos y Memoria
Democrática

RESUMEN

La Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, supone un cambio de paradigma en las políticas públicas de memoria en España. Con las víctimas como piedra angular de la regulación, la norma se articula en torno a los principios de derecho internacional de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Dedicada a la justicia el Capítulo II del Título II, en el que destacan dos hitos: el deber de investigar del art. 29.1 LMD y la creación de la figura del/de la Fiscal de Sala Coordinador/a de Derechos Humanos y Memoria Democrática.

Con ello se da carta de naturaleza legal a una nueva especialidad en el Ministerio Fiscal para la que se diseña un marco competencial que desborda el ámbito propio de la LMD para adentrarse, como veremos, en el espacio de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

Se defiende la conveniencia de unir en la especialidad derechos humanos y memoria democrática, pues esta no es sino una expresión de aquellos, al tiempo que se analizan las atribuciones que la ley confiere a la nueva Unidad Especializada.

Por fin, se entra en el estudio de las distintas funciones que la LMD, en correlación con otras normas del ordenamiento jurídico, encomienda al Ministerio Fiscal: en las jurisdicciones penal, civil y contencioso-administrativa, así como en materia de Registro Civil y de protección, tutela y reparación a las víctimas.

En definitiva, se sostiene la tesis de que la nueva especialidad de derechos humanos y memoria democrática avanza en la potenciación del modelo de Ministerio Fiscal que diseñó el artículo 124 de nuestra Constitución, trascendiendo de mero promotor de la acción pública penal para erigirse en garante de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público y social.

1. Introducción: una nueva especialidad en el Ministerio Fiscal

La especialización del Ministerio Fiscal se ha convertido, sin duda, en una de las señas de identidad de la institución, particularmente tras el definitivo impulso recibido con la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹.

Siguiendo la Instrucción FGE 5/2008, de 18 de diciembre, sobre adaptación del sistema de nombramientos y estatuto de los Delegados de las Secciones Especializadas de las Fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con las áreas de especialización delegadas tras la reforma operada por Ley 27/2007, de 9 de octubre, en la actualidad han de distinguirse tres modelos de especialización,

¹ Este proceso se había iniciado algunos años antes con la creación legal de las figuras del/de la Fiscal de Sala Delegado/a contra la Violencia sobre la Mujer por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y del/de la Fiscal de Sala contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, por Ley 10/2006, de 28 de abril, así como de las plazas de Fiscal de Sala Coordinador/a de Siniestralidad Laboral (hoy Seguridad y Salud en el Trabajo) por Real Decreto 1552/2005, de 23 de diciembre, y de Fiscales de Sala Coordinadores/s de Seguridad Vial y Extranjería (hoy Trata de Personas y Extranjería) por Real Decreto 709/2006, de 9 de junio. Asimismo, la Instrucción FGE 11/2005, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE, dispuso Fiscales de Sala Delegados/as para cada orden jurisdiccional, así como para determinadas materias de especial interés, como protección a las víctimas, menores, vigilancia penitenciaria y delitos económicos.

a saber: el de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las Fiscalías Especiales (Antidroga y contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada); el de los/as Fiscales de Sala Coordinadores/as del art. 20 EOMF, ya ostenten rango legal o reglamentario; y el de los/as Fiscales de Sala Delegados/as por designación del/de la Fiscal General del Estado en el ejercicio de las facultades organizativas que le confiere el art. 22.3 EOMF.

A través de la experiencia de estas dos décadas, este modelo de Fiscalía especializada se ha afianzado como una valiosa herramienta para garantizar el principio constitucional de unidad de actuación —y, con él, el de igualdad de toda la ciudadanía ante la ley—, al tiempo que ofrece una respuesta integral, dinámica, cualificada, particularmente capacitada, coordinada y eficaz ante los fenómenos más complejos y las más específicas necesidades de una sociedad democrática que se encuentra en constante evolución.

La especial sensibilidad de la sociedad española hacia los derechos humanos ha tenido reflejo en la creación por el art. 28 y la disposición final primera de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (en adelante, LMD), de un/a Fiscal de Sala Coordinador/a de Derechos Humanos y Memoria Democrática, incluido en el nuevo art. 20.2 ter EOMF e incardinado, por tanto, con rango de ley en el segundo de los citados modelos.

A pesar de que la modificación legal no ha afectado al art. 18.3 EOMF y, por tanto, no ha previsto expresamente la creación de secciones especializadas en derechos humanos y memoria democrática en las distintas fiscalías territoriales, ello no es obstáculo para su establecimiento en virtud de las capacidades autoorganizativas del Ministerio Fiscal. En efecto, a razones de singularidad, complejidad y relevancia de la materia, ha de unirse que del régimen establecido por las Instrucciones FGE 11/2005, 5/2008 y 4/2011 —al contemplar para cada una de las especialidades la organización de un servicio o sección en todas las fiscalías provinciales— se deriva que el nombramiento del/de la Fiscal de Sala Coordinador/a constituye el presupuesto de hecho para la creación de las anteriores, articulándose con ello el despliegue territorial del área de especialización en condiciones similares a las ya existentes en

el resto de materias, servidas por fiscales específicamente formados y especializados. En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, con ello «la Fiscalía podrá ofrecer a la sociedad del lugar en que se inserta un referente concreto, conocido y asequible. Referente que lo será también en el ámbito interno, dotando de esqueleto organizativo a auténticas redes de especialistas que permitirán articular la coordinación vertical y unificación de criterios».

2. ¿Por qué derechos humanos y memoria democrática?

La nomenclatura que tanto el art. 28 LMD como el art. 20.2 ter EOMF otorgan a la figura del/de la Fiscal de Sala Coordinador/a —y, por ende, a la nueva especialidad—, combinando en su marco de actuación derechos humanos y memoria democrática, no puede ser, a mi juicio, más acertada.

Me referiré, en primer lugar, a razones de oportunidad. Por su propia configuración constitucional como institución garante de la legalidad y de los derechos de la ciudadanía, el Ministerio Fiscal ha sido llamado a erigirse en una pieza clave y un actor primordial dentro de nuestro sistema nacional de protección. Como veremos posteriormente, la importancia de las misiones conferidas por el art. 124 CE, así como la flexibilidad que le otorga su propio andamiaje estatutario, le permite intervenir en los más diversos espacios procesales, extraprocesales e institucionales, desplegando una particular *vis expansiva* cuando se trata de velar por la promoción del interés público y del interés social —esto es, aquel que pretende el beneficio y progreso de la sociedad en su conjunto— y, cómo no, de la defensa efectiva y proactiva de los derechos humanos, como cúspide y más elevado logro de nuestra civilización.

La indudable trascendencia de esta función para el Estado de Derecho, para la verdadera realización de los principios y valores constitucionales y para la pacífica convivencia democrática exige un particular desarrollo y atención por parte de la Fiscalía General del Estado. Sin duda, recogiendo lo ya dicho en las anteriores notas introductorias, la herramienta más valiosa para ello es la especialización, pues redundará en una más profunda formación, una mayor coordi-

nación y una más efectiva respuesta del Ministerio Fiscal. Al tiempo, el impulso de una Unidad Especializada en la materia visibiliza ante la sociedad —y ante la propia comunidad internacional— el compromiso reforzado de la institución con la protección de los derechos humanos y con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país en este ámbito, garantizando o coadyuvando a la garantía de los más elevados estándares de actuación de los poderes públicos, incluida la administración de justicia.

Como se decía anteriormente, los derechos humanos son uno de los más importantes logros de la civilización. Siguiendo la Resolución 60/251, de 15 de marzo de 2006, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se establece el Consejo de Derechos Humanos², «todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso».

Esta naturaleza interdependiente implica la necesidad de abordar su estudio, defensa y promoción desde una óptica transversal y multidisciplinar. Su incidencia en la actuación de la Fiscalía es amplísima, desplegándose en las distintas jurisdicciones y afectando a las más diversas materias.

Los derechos humanos son, además, universales, no conocen distinciones ni fronteras. El ordenamiento jurídico español, como el resto de los ordenamientos jurídicos nacionales, no debe ni puede concebirse como una isla, como un territorio autosuficiente, sino como parte de una constelación de normas, de principios, de organismos y de instituciones que conforman, tanto a nivel universal como regional, un sistema integral de protección que, como fiscales, debemos conocer, manejar y aplicar.

El acierto de esta configuración de la Unidad se debe también al hecho positivo de que la memoria democrática se encuentra indisolublemente unida a los derechos humanos, pues aquella no es sino

2 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n05/502/69/pdf/n0550269.pdf?token=AcYoxcVCCjVWuTMCnN&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2014.

una manifestación específica de estos. En palabras del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, «[l]a obligación general de garantizar los derechos humanos asume un componente particular y diferenciado en cuanto a los procesos de memoria»³.

Esta concepción de la memoria democrática como expresión de los derechos humanos ha sido ampliamente reconocida por los estándares de derecho internacional contemporáneo.

De conformidad con el informe de 2023 del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición⁴, «[l]a memorialización tiene por objeto preservar y transmitir a las generaciones presentes y futuras relatos precisos y exhaustivos de las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado y del daño sufrido por todas las víctimas, con miras a informar a la sociedad, devolver la dignidad a las víctimas, promover la recuperación y la reconciliación y prevenir la repetición de violaciones»⁵. El informe alerta de que «[s]in memoria no se harán plenamente efectivos los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación integral, ni habrá garantías de no repetición».

3 Informe A/HRC/45/45 sobre los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/175/73/pdf/g2017573.pdf?token=pR7OLzFZxt74UHjTNg&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

4 Informe A/HRC/54/24, sobre estándares jurídicos internacionales que sustentan los pilares de la justicia transicional. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g23/126/74/pdf/g2312674.pdf?token=ZetE3ni0wOPenCHwnv&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

5 Continúa el informe señalando que «[l]a memoria representa una herramienta vital para permitir a las sociedades salir de la lógica del odio y el conflicto, e iniciar procesos sólidos hacia una cultura de paz y contribuir a cambiar una cultura tóxica de violencia política. Las medidas de memorialización deben crear las condiciones para que se desarrolle un debate en el seno de la sociedad sobre las causas y las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado y la atribución de responsabilidades, lo que permitirá a la sociedad convivir más pacíficamente con el legado de divisiones pasadas sin caer en un relativismo peligroso, crear un pensamiento homogéneo ni recurrir al negacionismo o a la relativización de las violaciones cometidas. Como base para la reflexión sobre el pasado y la definición de los retos contemporáneos, los procesos de memoria pueden facilitar la reconstrucción social tras un conflicto, promover una cultura de democracia y respeto de los derechos humanos, y transformar las formas estructurales de exclusión, discriminación, marginación y abuso de poder».

La Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de noviembre de 2005, por la que se aprueban 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*⁶, contempla los procesos de memorialización como una parte del derecho a la reparación, estrechamente vinculado con el derecho a la verdad. Por ello, entre las formas de satisfacción incluye medidas como la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; una declaración oficial o una decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; disculpas públicas, incluido el reconocimiento de hechos y la aceptación de la responsabilidad; conmemoraciones y homenajes a las víctimas, así como otras medidas en materia educativa y de formación que incluyan información precisa sobre las violaciones de los derechos humanos.

Por su parte, el Informe correspondiente al año 2020 del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de Naciones Unidas⁷ se dedica monográficamente a los procesos de memorialización en el contexto de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En él se destaca que los procesos de memoria no solo contribuyen a construir culturas democráticas en las que se respeten los derechos humanos, sino que también cumplen con la obligación legal de los Estados de garantizarlos.

En la misma línea, el Informe de 2014 de la Relatora Especial sobre los derechos culturales⁸, Farida Sha-

6 <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>. Consultado el 30 de abril de 2024.

7 Informe A/HRC/45/45 sobre los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/175/73/pdf/g2017573.pdf?token=pR7OLzFZxt74UHjTNg&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

8 Informe A/HRC/25/49 sobre los procesos de preservación de la memoria histórica. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/105/04/pdf/g1410504.pdf?token=ahz2JzQp3GrCRLw5F&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

heed, se centra en los procesos de preservación de la memoria histórica, pues los mismos «pueden fomentar una cultura de participación democrática al estimular el debate sobre la representación del pasado y sobre los desafíos contemporáneos que representan la exclusión y la violencia».

La conciencia de que la preservación de la memoria histórica sirve para luchar contra la injusticia y promover la reconciliación ya se había expresado en la Declaración de Durban de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas contra la Intolerancia⁹ (2001), en la que los Estados subrayaron que «recordar los crímenes e injusticias del pasado, cuando quiera y dondequiera que ocurrieron (...) y decir la verdad sobre la historia son elementos esenciales para la reconciliación internacional y la creación de sociedades basadas en la justicia, la igualdad y la solidaridad».

Asimismo, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (2005)¹⁰ recoge el «derecho inalienable a la verdad», el «deber de recordar» y el «derecho de las víctimas a saber» (principios 2 a 4), dirigidos a proporcionar «una salvaguarda fundamental contra la repetición de tales violaciones» y a «preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas».

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación 1736 (2006), adoptada en París el 17 de marzo de 2006¹¹, condenó con firmeza las violaciones de los derechos humanos cometidas en España por el régimen franquista. De acuerdo con ella, «[l]a comunidad internacional está tan afectada como España por este problema. La protección de los Derechos Humanos representa uno de los valores universales funda-

mentales. La violación de los Derechos Humanos no puede ser considerada únicamente como un asunto interno de un país. El conocimiento de la Historia es necesario para impedir que se repitan los errores. La evaluación moral y la condena de los crímenes cometidos desempeñan, además, un papel importante en la educación de las jóvenes generaciones».

También la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 2019, *sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa*¹², considera que «deben mantenerse vivos los recuerdos del trágico pasado de Europa, con el fin de honrar la memoria de las víctimas, condenar a los autores y establecer las bases para una reconciliación basada en la verdad y la memoria», al tiempo que «[e]xpresa su profundo respeto por cada una de las víctimas de estos regímenes totalitarios y pide a todas las instituciones y agentes de la Unión que hagan todo lo posible para asegurarse de que los atroces crímenes totalitarios contra la humanidad y las graves violaciones sistémicas de los derechos humanos sean recordados y llevados ante los tribunales, y que garanticen que estos crímenes no vuelvan a repetirse jamás», haciendo hincapié en «la importancia de mantener viva la memoria del pasado, pues no puede haber reconciliación sin memoria».

De acuerdo con ello, el Preámbulo de la LMD declara que «[l]a ciudadanía tiene actualmente el derecho inalienable al conocimiento de la verdad histórica sobre el proceso de violencia y terror impuesto por el régimen franquista, así como sobre los valores y los actos de resistencia democrática que llevaron a cabo quienes cayeron víctimas de su represión», siendo por ello uno de los objetivos de la ley el de «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 restablecimiento de un deber de memoria de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o totalitarismo».

La reciente comunicación del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y

9 https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/DurbanDecProgAction_sp.pdf. Consultado el 30 de abril de 2024.

10 E/CN.4/2005/102/Add.1 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g05/109/03/pdf/g0510903.pdf?token=UoTpLehnD6sbErX1LT&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

11 Recommendation 1736 (2006). *Need for international condemnation of the Franco regime*. <https://pace.coe.int/pdf/dd99ed32e6a2500ace962b021a8ae42801b16e46accd33dbd95e6366d1f626ba/rec.%201736.pdf>. Consultado el 30 de abril de 2024.

12 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021_ES.html. Consultado de 30 de abril de 2024.

las garantías de no repetición, del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, y del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, de 30 de abril de 2024¹³, ha venido insistiendo en que «todos los poderes del Estado español, ya sea ejecutivo, legislativo o judicial, y todas las entidades de Gobierno, cualquiera sea su nivel —nacional, regional o local—, deben cumplir con la obligación de proteger los derechos humanos, comprendida la obligación de garantizar la preservación histórica de la memoria de graves violaciones de los derechos humanos, y que el incumplimiento de estas obligaciones por parte de tales entidades u autoridades está en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado español y la propia». En él se reitera «la obligación del Estado español en su conjunto de garantizar la preservación de la memoria colectiva relativa a las violaciones manifiestas de los derechos humanos, tales como las cometidas en el periodo de dictadura franquista y guerra civil, en tanto elemento esencial de la reparación debida a las víctimas, de las garantías de no repetición de la violencia pasada y del derecho a participar en la vida cultural. Dicha obligación incluye el deber de adoptar procesos de memorialización que permitan reconocer, recordar, preservar y transmitir la información sobre las violaciones sufridas, en respeto pleno a la dignidad de las víctimas y en consulta efectiva con ellas. Reiteramos asimismo que esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido a la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas».

En definitiva, la LMD ha dado carta de naturaleza legal a una nueva especialidad en el Ministerio Fiscal llamada a reforzar, de manera definitiva, el compromiso constitucional de la institución con dos pilares fundamentales de nuestro Estado de Derecho: los derechos humanos y los valores democráticos. Su labor presenta una doble vertiente: desde la pers-

pectiva de la memoria democrática, servirá para velar por el cumplimiento de la obligación legal e internacional de tutelar los derechos de las víctimas de la guerra española y la represión de la dictadura franquista, para ofrecerles verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición; desde la óptica de los derechos humanos, permitirá reforzar, consolidar y coordinar el trabajo que desde el Ministerio Fiscal se viene realizando en esta materia, con el fin de velar por la implementación en nuestro país de los más altos estándares internacionales de actuación de los poderes públicos, en general, y de la administración de justicia, en particular.

3. El marco competencial de la unidad especializada de derechos humanos y memoria democrática

Como ya se ha dicho, la figura del/de la Fiscal de Sala Coordinador/a de Derechos Humanos y Memoria Democrática ha sido creada con rango legal, al haberse incorporado por la LMD en el art. 20 EOMF un nuevo apartado 2 ter.

Dicho precepto recoge una serie de funciones que han de completarse necesariamente con la doctrina de la Fiscalía General del Estado al respecto¹⁴.

3.1. Competencias comunes a otros/as Fiscales de Sala Coordinadores/as

La genuina actuación atribuida a los/as Fiscales de Sala Coordinadores/as de las respectivas Unidades Especializadas, que carecen *per se* de atribuciones propiamente jurisdiccionales, se centra en el conocimiento y seguimiento de los asuntos que, inclui-

13 Comunicación ESP 4/2024, sobre información recibida en relación con las llamadas «leyes de concordia» aprobadas o presentadas para aprobación parlamentaria en las Comunidades Autónomas de Aragón, Castilla y León y Valencia, las cuales estarían en contravención de la obligación del Estado español, incluyendo sus poderes y entidades nacionales y/o locales, en materia de derechos humanos, en particular la obligación de garantizar la preservación de la memoria histórica de graves violaciones de derechos humanos <https://spcommreports.ohchr.org/TmSearch/Results>. Consultado el 3 de mayo de 2024.

14 En particular, con la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE; la Instrucción 5/2008, de 18 de diciembre, sobre adaptación del sistema de nombramientos y estatuto de los delegados de las secciones especializadas de las Fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con las áreas de especialización delegadas tras la reforma operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre; la Instrucción 4/2011, de 17 de noviembre, sobre funcionamiento de las Fiscalías de Área y otras cuestiones relativas al vigente modelo orgánico territorial del Ministerio Fiscal; y, en especial, la Instrucción 1/2015, de 13 de julio, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados.

dos en el ámbito de su área de especialización, se tramitan en las distintas fiscalías y órganos judiciales ante los que actúa el Ministerio Fiscal.

Tal y como señala la Instrucción FGE 1/2015, esta función de supervisión se conecta con la necesidad de consolidar un sistema de control y seguimiento individualizado de los asuntos, al tiempo que presenta una dimensión de apoyo técnico a las secciones especializadas territoriales.

Esta supervisión y control por parte de la Unidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática se extiende, de conformidad con el art. 20.2 ter.a) EOMF, a todos los procedimientos y actuaciones dimanantes de la LMD, que, como después veremos, presentan un carácter heterogéneo.

Dicha función no obsta a que el/la Fiscal de Sala Coordinador/a pueda asumir, bien por sí mismo/a bien a través de la impartición de instrucciones, la dirección y/o intervención directa en asuntos concretos y determinados, si bien esta posibilidad requiere una atribución expresa y específica del/de la Fiscal General del Estado mediante Decreto, en atención a razones de especial trascendencia [art. 20.2 ter.c) EOMF] que serán valoradas a la vista de las circunstancias que concurran en cada uno de los supuestos concretos.

Como nota particular aquí, a diferencia de lo previsto para otras especialidades reguladas también con rango legal, el art. 20.2 ter.c) *in fine* EOMF extiende esta competencia a la facilitación y coordinación de los instrumentos de cooperación internacional para la reparación de las víctimas.

Íntimamente vinculada con la función supervisora —puesto que su finalidad es, igual que aquella, hacer efectiva la unidad de actuación especializada en todo el territorio nacional, en garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas ante la ley— se encuentra la competencia para coordinar las fiscalías en materia de memoria democrática y derechos humanos [art. 20.2 ter.e) EOMF]. Para ello, el/la Fiscal de Sala puede proponer al/a la Fiscal General del Estado la emisión de las Circulares o Instrucciones que considere necesarias, elaborando el correspondiente borrador, así como presentarle propuestas

de resolución de Consultas que se planteen sobre materias de su competencia, función que ya venía desarrollada en las Instrucciones FGE 11/2005 y 1/2015; todo ello sin perjuicio de la facultad de resolver directamente consultas informales, emitiendo el correspondiente dictamen, en los términos previstos en las citadas instrucciones.

La función de representación institucional que habitualmente desempeñan los/as Fiscales de Sala Coordinadores/as adquiere por primera vez aquí rango legal, pues el art. 20.2 ter.b) EOMF otorga al/a la Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática la representación del/de la Fiscal General del Estado, por su delegación, en todos los actos de reconocimiento a nuestra memoria democrática.

Por fin, el art. 20.2 ter.g) EOMF le atribuye —al igual que al resto de Fiscales de Sala Coordinadores/as y Delegados/as— la obligación de elaborar anualmente y presentar al/a la Fiscal General del Estado un informe sobre la actividad del Ministerio Fiscal en materia de derechos humanos y memoria democrática, que será incorporado a la memoria anual.

3.2. La coordinación en materia de derechos humanos: una competencia novedosa

España ha ratificado la práctica totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos, a los que —sin perjuicio de su aplicación directa *ex art.* 96.1 CE y Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de *Tratados y otros Acuerdos Internacionales*— nuestra Constitución atribuye un esencial valor interpretativo y hermenéutico (art. 10.2 CE).

Como se ha dicho ya, la específica misión que el art. 124.1 CE atribuye al Ministerio Fiscal como valedor de los derechos de la ciudadanía exige que toda su actuación esté presidida por un enfoque de derechos humanos, desplegando una actividad particularmente proactiva y diligente en su defensa, no solo para reaccionar contra cualquier menoscabo de los mismos, sino también a la hora de supeditar su actuación a su absoluta supremacía y promover y exigir esta misma sujeción a otros poderes públicos.

Por ello, entre las funciones que el art. 20.2 ter EOMF ha atribuido al/a la Fiscal de Sala Coordinador/a de

Derechos Humanos y Memoria Democrática se encuentra la novedosa previsión de «[r]epresentar a la Fiscalía General del Estado, por delegación de la persona titular de esta, 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» [apartado f) inciso primero].

La representación del Reino de España ante el TEDH está atribuida, en calidad de Agentes, a los/as Abogados/as del Estado integrados en la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado. A ellos corresponde la representación y defensa jurídica del Estado ante dicho Tribunal y el estudio y preparación de los informes, observaciones y memorias que hayan de presentarse ante el mismo, así como ante cualquier órgano internacional competente en materia de derechos humanos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de *Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas*.

Con ello, la Unidad Especializada de Derechos Humanos y Memoria Democrática se constituye en cauce de comunicación entre la Fiscalía General del Estado y la Abogacía General del Estado, tanto en los procedimientos sustanciados ante el TEDH como ante los distintos Comités de Naciones Unidas y otros organismos internacionales, siempre que estos se dirijan a España, a fin de trasladarles la información que corresponda y de colaborar en el cumplimiento de sus resoluciones y dictámenes, dentro de las competencias de la Fiscalía.

Esta atribución legal —como se ha dicho, absolutamente novedosa y que se encomienda en exclusiva a la Unidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática—, es sin duda también una valiosa forma de centralizar la información sobre las resoluciones, observaciones, decisiones, recomendaciones y dictámenes de los organismos internacionales que afectan, directa o indirectamente, a España. La correlativa obligación de la Unidad es nutrirse de dicha información y trasladarla a la Fiscalía General del Estado y, en su caso, al resto de órganos del Ministerio Fiscal, con el fin de aportar herramientas argumentativas para mejorar nuestra praxis y continuar

implementando en nuestro país los más elevados estándares internacionales de actuación.

Sin duda por ello, el apartado f) *in fine* del art. 20.2 ter EOMF le atribuye también la función de ser «cauce de coordinación entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía del Tribunal Constitucional [sic] y las unidades especializadas en materia de memoria democrática y derechos humanos». De esta manera, el legislador ha querido que la necesaria actuación transversal y coordinada de la Fiscalía esté presidida por una perspectiva de derechos humanos, a través de la participación y colaboración de la Unidad Especializada cuando la materia afecte interseccionalmente a aquellos.

Esta atribución viene reforzada por las competencias de relación, en representación de la Fiscalía General del Estado y por delegación de su titular, con el Defensor del Pueblo [art. 20.2 ter.d) EOMF], como alto comisionado de las Cortes Generales designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución (art.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, de *Defensor del Pueblo*). Destacan aquí las funciones que el Defensor del Pueblo ostenta como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (disposición final única LODP), de acuerdo con el Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como su interlocución con distintos organismos internacionales de derechos humanos para la elaboración de informes.

Por fin, y tal como se adelantó en el subepígrafe anterior, el art. 20.2 ter.c) EOMF otorga al/a la Fiscalía de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática la competencia para «[c]oordinar las Fiscalías en materia de memoria democrática y derechos humanos, unificando criterios de actuación, para lo cual podrá proponer a la persona titular de la Fiscalía General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones».

En resumen, se trata de colaborar para que la actuación de los poderes públicos, en general, y del Ministerio Fiscal, en particular, se rijan por los más altos estándares internacionales de derechos humanos, evitando, en la medida de lo posible, cualquier disfunción que pueda implicar un riesgo de vulneración del derecho internacional de los derechos humanos.

4. El concepto de víctima en la LMD

Como se ha dicho, la intervención del Ministerio Fiscal en materia de memoria democrática se extiende a todos aquellos procedimientos y actuaciones derivados de la aplicación de la LMD [art. 20.2 ter.a) EOMF], siempre que afecten directa o indirectamente, individual o colectivamente, a víctimas enumeradas en el art. 3 LMD.

El apartado 1 del citado precepto establece una definición general de víctima a los efectos de la ley, considerando como tal «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 violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario 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»¹⁵.

Nos encontramos, por un lado, con un elemento de carácter objetivo —la existencia de una violación de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que haya provocado en una persona o colectivo daños físicos, morales, psicológicos o patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales— y un elemento temporal, que abarca desde el 18 de julio de 1936 al 29 de diciembre de 1978.

15 Sin duda se trata de un precepto claramente inspirado en la ya citada Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, que tiene por víctima a «toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario».

Una concepción semejante mantenía ya la Resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985, por la que se aprueba la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, en la cual se incluyen también aquellos supuestos en que las acciones u omisiones no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas de derechos humanos.

La lesión a los bienes jurídicos se ha de producir en el marco de crímenes contra la humanidad o de delitos contra la comunidad internacional, los cuales, tal y como señala la STS 798/2007, de 1 de octubre, «encuentra[n] justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto: que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien cuando se cometan por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido, en este caso por motivos políticos, o bien se cometan en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas con la intención de mantener ese régimen».

Por ello, la lesión del bien jurídico se ha de producir no solo *durante* la guerra y la dictadura, sino también *como consecuencia* directa de ellas, tal y como se desprende tanto del espíritu de la ley como de la propia literalidad de la norma. De esta manera, comprende tanto a las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas durante el conflicto armado, como a víctimas de distintos actos o manifestaciones de violencia, persecución y/o represión, vulneradores del derecho internacional de los derechos humanos, perpetrados desde las estructuras del Estado o amparados por ellas durante el régimen dictatorial y hasta la entrada en vigor de la Constitución.

El art. 3.1 LMD, a continuación de la definición general, recoge un catálogo de hechos en que se concretan esas violaciones de los derechos humanos, a saber: homicidios y desapariciones forzadas; privaciones de libertad, detenciones arbitrarias, torturas y malos tratos; deportación, trabajos forzosos e internamientos en campos de concentración; exilio; represión económica, incautaciones de bienes, sanciones económicas, inhabilitaciones y extrañamiento; represión por razón de la orientación o identidad sexual; depuraciones y represalias como consecuencia de la actividad política; sustracción de menores; persecución por motivo del uso o difusión de la lengua propia; persecución o violencia por motivos de conciencia o creencias religiosas; represalias por prestar asistencia a víctimas en peligro. Se hace referencia expresa asimismo a colectivos como el de los participantes y colaboradores de la

guerrilla antifranquista o los militares pertenecientes a la Unión Militar Democrática.

Los apartados 5 y 6 del precepto incluyen también a determinadas instituciones, organismos, asociaciones y personas jurídicas víctimas de la represión, como partidos políticos, sindicatos, instituciones de autogobierno catalanas y vasca, corporaciones locales, minorías étnicas, asociaciones feministas de mujeres, instituciones educativas o agrupaciones culturales, así como a bienes inmateriales como las lenguas y las culturas vasca, catalana y gallega.

El concepto de víctima se extiende igualmente a los familiares de aquellas, de conformidad con el art. 3.3 LMD. En efecto, ya el art. 2.b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito* (en adelante, EVD), considera víctimas indirectas a determinados familiares, en los casos de muerte o desaparición de la persona.

A todas ellas les son de aplicación las disposiciones del EVD, en cuanto sea procedente (art. 3.4 LMD). Ello implica que gozan de los mismos derechos reconocidos a las víctimas en dicha ley y que pueden acceder a las medidas de protección y asistencia en ella previstas. Recordemos aquí, por ejemplo, que ya el art. 23.2.b).6° EVD contempla la desaparición forzada dentro del catálogo de delitos cuya particular naturaleza y gravedad ha de tenerse en cuenta a la hora de realizar la evaluación individual de las víctimas, a fin de determinar sus necesidades especiales de protección.

En todo caso, la consideración de víctima es independiente de la existencia o no de autoría conocida de las violaciones de sus derechos (art. 3.2 LMD).

5. La investigación de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario

La LMD se articula en torno a los principios internacionales de «verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, así como en los valores democráticos de concordia, convivencia, pluralismo político, defensa de los derechos humanos, cultura de paz e igualdad de hombres y mujeres» (art. 2.1).

En efecto, su Exposición de Motivos señala que «a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la práctica de los organismos de derechos humanos, y de conformidad con el artículo 10.2 de la misma Constitución, se ha de garantizar el derecho a la verdad y a la justicia 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 relación con el derecho a la justicia, se insiste en que el mismo «habrá de ser garantizado a través de investigaciones públicas que esclarezcan las violaciones de derechos humanos producidas durante la Guerra y la Dictadura».

En materia de justicia, la LMD supone un nuevo escenario normativo de insoslayable importancia y cuyas consecuencias jurídicas es necesario entrar a valorar —en particular, el deber de investigar a que se refiere el art. 29.1 LMD—, siguiendo el criterio sostenido por la Unidad Especializada de Derechos Humanos y Memoria Democrática de la Fiscalía General del Estado.

A diferencia 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 y la dictadura* (más conocida como *Ley de Memoria Histórica*), la LMD dedica expresamente el Capítulo II del Título II a la justicia, que comprende dos artículos.

El primero de ellos, el art. 28 LMD, establece la creación de «un Fiscal de Sala para la investigación de los hechos que constituyan violaciones de derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluyendo los que tuvieron lugar con ocasión del golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura (...)», previsión que se articula con el ya analizado art. 20.2 ter EOMF.

Correlativamente, el art. 29.1 LMD, en el marco de la justicia, impone al Estado la obligación de garantizar «el derecho a la investigación de las violaciones de 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 entrada en vigor de la Constitución Española (...)».

La ubicación sistemática de estos preceptos nos ha de llevar a concluir que la obligación de investigar se incardina aquí en el ámbito de la administración de justicia, que atañe al Poder Judicial, al igual que al Ministerio Fiscal, órgano de relevancia constitucional integrado con autonomía funcional en dicho poder (art. 2.1 EOMF), por supuesto en los términos, con las garantías y con los límites previstos en la Constitución y en el conjunto del ordenamiento jurídico.

Ya en el ámbito civil, el apartado segundo del art. 29 LMD se refiere a la tutela judicial a través del nuevo expediente de jurisdicción voluntaria relativo a las declaraciones judiciales de hechos pasados —que será objeto de análisis posterior—, y el apartado tercero, a las inscripciones de defunción de las personas desaparecidas como consecuencia de la guerra y la represión de la dictadura.

A la vista de lo anterior, ¿dónde se ubica la obligación de la justicia de investigar los hechos a los que se refiere el art. 29.1 LMD? Una interpretación literal, lógica, teleológica, sistemática y con enfoque de derechos humanos de la norma, integradora de los principios de derecho internacional, nos ha de conducir indefectiblemente a la jurisdicción penal.

En primer lugar, porque el objeto de la investigación a la que alude el precepto —violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario— se refiere a hechos *prima facie* delictivos, acreedores *per se* de una investigación penal. Este es el criterio adoptado ya en su momento por la Circular FGE 2/2012, de 26 de diciembre, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos*¹⁶.

Porque, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de «violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario»? La respuesta nos lleva a las vulneraciones más graves y manifiestas, constitutivas de crímenes contra la humanidad, que conforman el llamado «núcleo duro» del derecho

internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y que están amparadas por normas de *ius cogens*. Se trata de hechos especialmente graves, como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, trabajos forzosos, violencia sexual, desplazamientos forzados, torturas y otros similares, ejecutados desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o amparadas por este, con una finalidad específica de persecución o represión sistemática y generalizada contra unos determinados colectivos sociales en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión (STS 798/2007, de 1 de octubre).

La prohibición y prevención de dichas violaciones se encuentran recogidas en distintos instrumentos internacionales, tales como la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (BOE 8 de febrero de 1969); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (BOE 9 de noviembre de 1987); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 (BOE 18 de febrero de 2011); el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1988 (BOE 27 de mayo de 2002); así como los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos.

En ello abunda, además, el deslinde sistemático que realiza el art. 29 LMD entre los distintos ámbitos de tutela judicial y del derecho a la justicia, ya señalado antes, pues las prescripciones de los apartados 2 y 3 del precepto son complementarias y no constriñen el deber de investigar del apartado 1. Lo mismo se puede decir del resto de vías de investigación, ajenas a la administración de justicia, que se pueden derivar de la aplicación de la LMD, que ni son excluyentes ni son incompatibles con la investigación penal.

Acudiendo a una interpretación literal del precepto, es cierto que el art. 29.1 LMD no cita expresamente la jurisdicción penal, lo que no supone de ninguna manera que la excluya. Es más, esta disposición —

16 De acuerdo con la misma, «la apertura de Diligencias (...) habrá de acomodarse a los cauces previstos para las Diligencias de investigación, pues *prima facie* tendrán por objeto el esclarecimiento de hechos que de confirmarse serían constitutivos de delito. Por ello no deberán los Sres. Fiscales en estos casos incoar Diligencias preprocesales y siempre habrán de abrir Diligencias de investigación y someterse a sus requisitos».

así como la del art. 28 LMD— se ha de poner necesariamente en correlación con la función investigadora atribuida al/a la Fiscal de Sala por el art. 20.2 ter.c) EOMF, que, aquí sí, se incardina expresamente en el orden penal. Dicha norma le faculta, previa su declaración de trascendencia por el/a Fiscal General del Estado, para intervenir en los «procesos penales (...) cuando se refieran a hechos que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluyendo los que tuvieron lugar con ocasión del golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura (...)».

Lo que hace la LMD al integrar en nuestro ordenamiento jurídico el deber de investigar —en el marco del elemento objetivo y temporal establecido expresamente por la norma— es reforzar el principio *pro actione*, pues el mismo debe operar con mayor extensión cuando se trata de investigaciones de graves violaciones de los derechos humanos cometidas en un contexto de crímenes contra la humanidad.

Se conecta ello directamente con el derecho a un recurso efectivo del art. 2.3 PIDCP, interpretado de conformidad con la Observación General n° 31 del Comité de Derechos Humanos¹⁷, pues «[e]l hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto». Dicha obligación de investigar viene también recogida en el art. 12 de la Convención contra la Tortura, así como en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas), o 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 de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (Resolución 60/147,

de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de Naciones Unidas).

El deber de investigar impuesto por el art. 29.1 LMD se despliega, pues, en el plano procesal y no en el sustantivo o sancionador; el derecho de las víctimas a la justicia lo que implica es, en realidad, un principio *pro actione* reforzado, un *ius ut procedatur* fortalecido, cuando estamos ante las más graves violaciones del DIDH y del DIH. De lo que se trata aquí es de realizar una aplicación de la norma integradora de una interpretación con enfoque de derechos humanos y respetuosa con los principios reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y los Tratados y Convenios sobre la materia, de acuerdo con los arts. 10.2 y 93 y ss. de nuestra Constitución.

En este sentido, la STS 798/2007, de 1 de octubre, establece que, cuando los delitos se perpetren en un contexto de crímenes contra la humanidad, es necesario realizar una interpretación acorde con los principios sustantivos y procesales del DIDH y del DIH, independientemente de la aplicabilidad al caso concreto del tipo del art. 607 bis CP por mor del principio de legalidad. En palabras del Tribunal Supremo, «[e]stas circunstancias relevantes concurrentes, aun cuando no sean típicas, son valorables siempre que se acuda a criterios adecuados jurídicamente al ordenamiento», para continuar señalando que «[l]a relevancia de la conducta desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos esenciales a nivel internacional no podía ser ignorada en el momento de la comisión, ya que constituían acciones de enorme gravedad contra aquellos». Y ello concita al Acuerdo de Londres y al Estatuto de Núremberg, que ya consideraron crímenes contra la humanidad los actos de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, o la Convención para prevención y represión del genocidio, de 9 de diciembre de 1948, ratificada por España el 8 de febrero de 1969.

De acuerdo con la citada sentencia, «[l]a prueba del derecho internacional consuetudinario es mucho más compleja que la del derecho positivo, y ello sustenta las críticas de ausencia de taxatividad que recoge la doctrina jurisprudencial. Pero la base de su aceptación puede identificarse en el reconoci-

17 CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. Observación General n° 31. *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. Aprobada el 29 de marzo de 2004. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Ttaxgp3f9kUFpWoq%2FhW%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRATdbWLgyA1RX6IE1V-C%2FXrdwy1JEojEGK4mF1mRwn5H9lw%3D%3D>. Consultado el 30 de abril de 2024.

miento de sus principios en documentos internacionales, independientemente de su expresa ratificación o aceptación por el derecho interno (...). En tanto estas normas constituyen las bases normativas para la protección de los derechos humanos, se les puede reconocer algunos efectos diferentes a los de otras que también forman parte del derecho internacional penal». El Tribunal Supremo reconoce aquí que ello no conduce a la aplicación directa del derecho internacional penal, pues es necesaria su incorporación al derecho interno, pero «[e]llo no impide que las normas del derecho internacional penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los derechos humanos esenciales, puedan ser incorporados en la interpretación de las leyes internas y, más particularmente, en cuanto afecten a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución (art. 10.2 CE). Los principios contenidos en el derecho internacional penal deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten la naturaleza de *ius cogens*. Consecuentemente, tanto las normas de derecho penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los derechos humanos». En este sentido, el Tribunal Constitucional ha admitido la aplicación del método teleológico en la interpretación de la norma de manera expresa o tácita (SSTC 111/1993, 120/2000, 63/2005, 645/2006).

El derecho-deber de investigar se configura, así, como la clave de bóveda del nuevo marco normativo ofrecido por la LMD, al menos en los que a la justicia se refiere, superando la línea jurisprudencial anterior.

Es más, cuando el legislador se refiere en los arts. 29.1 LMD y 20.2 ter.c) EOMF a una investigación judicial de delitos cuyo marco temporal determina expresamente —«con ocasión de la Guerra y la Dictadura, así como el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la entrada en vigor de la Constitución Española»—, lo hace con plena consciencia del transcurso del tiempo, así como de los plazos de prescripción establecidos en el Código Penal. Por ello, una aplicación del instituto de la prescripción en un momento procesal que impida realizar una in-

vestigación efectiva o que la finalice anticipadamente vaciaría de contenido la propia previsión legal.

Todo lo anterior supone que, una vez adquirido el conocimiento de la perpetración de hechos a los que se refiere la LMD, procede iniciar una investigación en que se practiquen todas aquellas diligencias necesarias para determinar sus contornos, las circunstancias contextuales, la autoría, los posibles patrones de conducta y, en definitiva, cuantos otros elementos resulten relevantes para garantizar una investigación efectiva en cumplimiento del art. 29.1 LMD, teniendo en cuenta que la obligación de investigar es de medios y no de resultado (SSTEDH Bazorkina c. Rusia o Avşar c. Turquía, entre otras).

El deber de investigar está íntimamente relacionado no solo con el derecho a la justicia, sino también con el derecho a la verdad. En efecto, existe en derecho internacional una tendencia clara hacia el reconocimiento del derecho a la verdad en casos de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Así, la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas declara que las víctimas deben tener derecho a conocer las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las graves violaciones del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad sobre dichas violaciones.

En esta línea, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha recordado que las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y los miembros de sus familias ostentan el derecho a conocer la verdad sobre los hechos acaecidos (Resolución 2005/66, de 20 de abril de 2005, de la Comisión; Decisión 21/105, de 27 de noviembre de 2006; Resoluciones 9/11, de 24 de septiembre de 2008, y 12/12, de 12 de octubre de 2009), derecho que ha sido asimismo reconocido por el Comité de Derechos Humanos [asuntos *Mariam, Philippe, Auguste y Thomas Sankara c. Burkina Faso* (com. 1159/2003) y *Schedko y Bodarenko c. Bielorrusia* (com. 886/1999)]. En el mismo sentido se ha pronunciado la Resolución 68/165, de 18 de diciembre de 2013, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Como veremos posteriormente, el art. 24 de la Convención Internacional para la protección de todas

las personas contra las desapariciones forzadas reconoce el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida, imponiendo a los Estados la obligación de tomar las medidas adecuadas a este respecto. El derecho a la verdad fue objeto de Comentario General por el Grupo de Trabajo en 2010¹⁸.

Igualmente, el art. 32 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra establece «el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros».

Como ya se ha señalado, el *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos contra la impunidad* de Naciones Unidas, de 8 de febrero de 2005, reconoce expresamente el derecho fundamental a la verdad tanto de las víctimas como de la sociedad, como salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

También ha reconocido este derecho el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁹, quien lo considera un derecho inalienable, autónomo, inderogable y no sujeto a limitaciones.

No solo las víctimas, directas o indirectas, de las violaciones de los derechos humanos incluidas en el ámbito del art. 3 LMD ostentan el derecho a la justicia y a la verdad, de los que trae causa directa el deber de investigar del art. 29.1 LMD. El titular de estos derechos es toda la sociedad, pues los bienes jurídicos protegidos por los crímenes contra la humanidad revisten tal calado, tal importancia, que afectan e interpelan al conjunto de la comunidad internacional. Existe en ellos, pues, una víctima indivi-

dual, concreta, y una víctima colectiva, difusa, que nos integra a todos nosotros.

Por ello, el art. 15.1 LMD reconoce el derecho de las víctimas y de la sociedad en su conjunto a la verdad al declarar que «[a] los 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 las circunstancias en que se cometieron las violaciones del derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas de 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 TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la verdad, que vincula con el derecho a la una investigación efectiva, en el sentido de que las violaciones de los derechos humanos, además de afectar a las víctimas directas o indirectas, tienen también incidencia sobre intereses más amplios, afectando a las condiciones de convivencia de la comunidad en su conjunto. Así, la STEDH El-Masri c. ex-República Yugoslava de Macedonia, de 13 de diciembre de 2012, señala «la gran importancia del presente asunto no solo para el recurrente y su familia, sino también para las otras víctimas de crímenes similares y para la sociedad en general, que también tiene derecho a saber qué fue lo que pasó». De este modo, el derecho a la verdad no pertenece únicamente a la víctima del delito y a su familia, sino también a otras víctimas de violaciones similares y al público en general, que tiene derecho a saber lo que ocurrió (SSTEDH Abu Zubaydah c. Lituania; Asociación «21 de diciembre de 1989» c. Rumanía).

6. El hallazgo de restos mortales de víctimas de desaparición forzada

El art. 3.1.a) LMD recoge entre el catálogo de víctimas a que se refiere la ley a «[l]as personas fallecidas o desaparecidas como consecuencia de la Guerra y la Dictadura».

Nuestro país ha ratificado la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra

18 Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, 2010. Documento A/HRC/16/48. *Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_sp.pdf. Consultado el 30 de abril de 2024.

19 *Estudio sobre el derecho a la verdad*. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006. E/CN.4/2006/91. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g06/106/59/pdf/g0610659.pdf?token=sKYS8npSDREzkB5SPM&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, mediante Instrumento de 14 de julio de 2009 (BOE 18 de febrero de 2011), por lo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

El art. 2 de la Convención define la desaparición forzada como «el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de su suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley».

De acuerdo con su art. 5, «[l]a práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable».

Por su parte, el art. 24 de la Convención reconoce a la víctima —entendiendo por tal tanto a la persona desaparecida como a quien haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada— «el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y los resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida», imponiendo a los Estados parte la obligación de tomar medidas adecuadas a este respecto, así como para garantizar «la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos».

Ya la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992²⁰, había considerado que «las desapariciones forzadas afectan a los valores más profundos de toda la sociedad respetuosa de la primacía del de-

recho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad», declarando en su art. 1.1 que «[t]odo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana». El art. 9.1 establece el derecho a un recurso judicial rápido y eficaz como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad.

Asimismo, 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*, aprobada por Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2015, de la Asamblea General de Naciones Unidas, incluyen dentro del contenido del deber de satisfacción «[l]a búsqueda de las personas desaparecidas (...) y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad» [párrafo 22.c)].

En cumplimiento de todo lo anterior, el art. 16 LMD impone a la Administración General del Estado la obligación de llevar a cabo «la búsqueda de personas desaparecidas durante la Guerra y la Dictadura, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad».

Asimismo, la LMD otorga al Ministerio Fiscal funciones de impulso de los procesos de búsqueda de víctimas de los hechos investigados para lograr su debida identificación y localización, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias en materia de memoria democrática (art. 28).

Por ello, cuando se produzca el hallazgo de restos humanos, ya sea de manera casual por un particular (art. 21.1 LMD), ya sea por la autoridad administrativa competente como consecuencia de los procedimientos de localización (art. 22.1 LMD), la ley obliga a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal y las autoridades administrativas y judiciales competentes. Igualmente, el art. 24 LMD impone a la Administración General del Estado la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal «la

20 https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-04/Declaration_SP.pdf. Consultado el 30 de abril de 2024.

existencia de indicios de comisión de delitos que se aprecien con ocasión de las localizaciones e identificaciones a que se refiere la ley».

Todo ello —unido a lo ya referido en el epígrafe anterior en cuanto al derecho a la justicia y al deber de investigar—, ha conducido el criterio mantenido por la Unidad Especializada de entender que, una vez recibida la *notitia criminis* con el hallazgo de restos humanos con signos de violencia y de etiología homicida, a través de las comunicaciones a que se refieren los arts. 21.1, 22.1 y 24 LMD, resulta procedente la incoación de las oportunas diligencias previas por el Juzgado o, en su defecto, de diligencias de investigación preprocesal por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo establecido en los arts. 773.2 LECrim y 5 EOMF, así como en la doctrina de la FGE, en particular, la Circular FGE 2/2022, de 20 de diciembre, *sobre la actividad extraprocésal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal*.

De esta manera, en el seno de unas u otras diligencias se podrán practicar aquellas tendentes a la identificación de los cadáveres mediante análisis de ADN, la reclamación de los informes forenses que se hubieran confeccionado, la comprobación de las circunstancias de la muerte y su data y contexto, y cuantas fueran precisas para determinar si las víctimas se hallan comprendidas en el art. 3 LMD y para disponer indiciariamente de un relato fáctico sobre el que realizar el análisis jurídico-penal, antes de adoptar una decisión fundada en derecho sobre la continuación del procedimiento o el ejercicio de la acción penal. Si, una vez finalizada la investigación de los hechos, procediera dictar auto de sobreseimiento o decreto de archivo de las diligencias, una actuación respetuosa con la garantía del derecho a la verdad exige que en aquellos se reflejen minuciosamente las diligencias practicadas y su resultado, así como un relato pormenorizado de los hechos averiguados.

Resultaría recomendable también —y este es el criterio seguido por la propia Unidad— que, de ser posible en atención al momento de comunicación y a las necesidades de organización del trabajo y los servicios de la fiscalía, los/as fiscales pudieran comparecer en la exhumación, al objeto de practicar la inspección ocular y amparar desde ese momento los derechos de los familiares víctimas del art. 3.3

LMD, permitiendo que las actividades ulteriores de traslado, identificación, recuperación de los restos e inhumación, se realicen por la administración competente sin perjuicio del devenir de las diligencias de investigación o del procedimiento judicial que, en su caso, se hubiera incoado, velando por que se dispense a las víctimas y a sus restos mortales la dignidad y el respeto que como tales merecen.

En este sentido, habida cuenta la diferencia de prácticas en los distintos territorios, resultaría de gran utilidad impulsar convenios de colaboración y protocolos de actuación que involucren a las distintas instituciones y organismos concernidos, con el fin de coordinar su actuación cuando se produce el hallazgo de restos mortales de personas desaparecidas, agilizando la comunicación y garantizando que la investigación se realice del modo más eficaz posible.

Ha de recordarse finalmente que, en aquellos supuestos en que el Ministerio Fiscal tuviera constancia del fallecimiento de una persona desaparecida que no hubiera sido debidamente inscrito, los arts. 22.5 LMD y 42.2.1° de la Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil* (en adelante, LRC), imponen al Ministerio Fiscal la obligación de promover sin demora la inscripción, según lo que se analizará posteriormente en el epígrafe correspondiente a las competencias en materia registral.

7. La personación de las asociaciones memorialistas y de víctimas en el proceso penal

La personación de las asociaciones memorialistas y de víctimas, ya sea mediante la presentación de querrela, ya sea posteriormente durante la tramitación de la causa, en los procedimientos penales a que se refiere la LMD no solo es habitual, sino que podríamos decir que es generalizada. Ciertamente, las políticas públicas en materia de memoria democrática en nuestro país no se entenderían sin el impulso y la incansable actividad de estas asociaciones a lo largo de más de dos décadas.

El art. 56 LMD entiende por asociaciones memorialistas «aquellas asociaciones, fundaciones y otras

entidades y organizaciones de carácter social que tengan entre sus fines la defensa de la memoria democrática», al tiempo que reconoce su labor «en defensa de la memoria democrática y la dignidad de las víctimas de la Guerra y la Dictadura». Asimismo, las integra dentro el Consejo de Memoria Democrática (art. 57 LMD) y les otorga un papel destacado, legitimándolas, entre otros, para el impulso de las actividades de localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas (art. 18 LMD).

También las distintas normativas autonómicas en materia de memoria democrática reconocen a las asociaciones memorialistas como titulares de intereses legítimos colectivos de las víctimas²¹.

Asimismo, la propia Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas reconoce el papel de las «organizaciones y asociaciones que tengan por objeto establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas, así como la asistencia a las víctimas de las desapariciones forzadas» (art. 24.7).

El art. 109 bis 3 LECrim, introducido por el EVD, declara que «[l]a acción penal también podrá ser ejercida por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito». Como se ve, el legislador ha optado por ubicar sistemáticamente la legitimidad de la personación de dichas asociaciones dentro del mismo precepto que regula el ejercicio de la acción penal por las propias víctimas, lo cual es indicativo de la particular condición que se atribuye a estos colectivos en atención a la especial relevancia de los intereses que defienden. Correlativamente con ello, la vigente redacción dada por el EVD al art. 281.3º LECrim exige de fianza para interponer querrela a «[l]as asociaciones

de víctimas y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima».

En este sentido, la STS 631/2018, de 25 de septiembre, ha señalado que «[e]l artículo 109 BIS 1 hace referencia al ejercicio directo de la acción penal por la víctima o por los perjudicados por su muerte (acusación particular) en parecidos términos a como lo hacía el artículo 281 de la LECRIM hasta su modificación por la Ley 4/2015. No obstante, el apartado 3 del mismo artículo introduce una previsión relativa a las asociaciones de víctimas y personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, que responde a la generalización en la sociedad de este tipo de agrupaciones y cuyo contenido regulativo solo se completa en conjunción con el nuevo redactado del artículo 281.3º. Contrariamente a lo que sugiere el recurso, el apartado 3 del artículo 109 BIS no crea una nueva categoría de acusación particular, puesto que las asociaciones concernidas no son titulares del bien jurídico transgredido por la acción delictiva. Este tipo de asociaciones necesariamente actuarán en el ejercicio de la acción popular y, consecuentemente, sin la posibilidad de ejercitar una pretensión indemnizatoria que les resulta ajena. En todo caso, consciente el legislador de que las agrupaciones de esta naturaleza pueden coadyuvar a la defensa de los intereses de la propia víctima, en una posición más próxima a los intereses de quienes ejercitan normalmente la acción popular, aún sin llegar a alcanzar una representación legal de la víctima, privilegia la posición de estas asociaciones, solo cuando actúen con el beneplácito de la víctima, en el sentido de liberarles —como a los propios perjudicados— de la obligación de prestar fianza para el ejercicio de la acción penal».

En virtud de ello, los tribunales han venido realizando una interpretación extensiva de los preceptos, eximiendo de la prestación de fianza a distintas asociaciones de víctimas (AAN 242/2023, entre otras).

De esta manera, las asociaciones memorialistas y de víctimas en las que concurren los requisitos de los art. 109 bis.3 y 281.3º LECrim deben poder personarse en los procedimientos penales a que se

21 Entre otros, art. 38 de la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de *Memoria Histórica y Democrática de Andalucía*; art. 18 de la Ley 2/2018, de 13 de abril, de *Memoria y Reconocimiento Democráticos de las Illes Balears*; art. 3 de la Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de *Memoria Democrática y para la Convivencia de la Comunitat Valenciana*; art. 41 de la Ley 1/2019, de 21 de enero, de *Memoria Histórica y Democrática de Extremadura*; art. 38 de la Ley 9/2023, de 28 de septiembre, de *Memoria Histórica y Democrática de Euskadi*; art. 14 del Decreto 9/2018, de 12 de abril, de la *Memoria Histórica y Democrática de Castilla y León*.

refiere la LMD e interponer querellas sin necesidad de presentar fianza, criterio seguido por la Unidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática. En aplicación del principio *pro actione*, se ha entendido que la falta de acreditación documental de aquellos requisitos constituye un defecto subsanable.

Particularmente en los supuestos de hallazgos de restos humanos en fosas comunes, no podemos perder de vista que, por la propia naturaleza del delito de desaparición forzada, en muchas ocasiones las víctimas y los familiares a que se refiere el art. 3.3 LMD no estarán completamente identificados desde un inicio y, en todo caso, hasta que no se proceda a la localización, exhumación y análisis genético de los restos mortales, por lo que, desde una valoración e interpretación de la norma con enfoque de derechos humanos, los requisitos procesales deben exigirse a estas asociaciones con menor rigidez.

8. La jurisdicción civil: el nuevo expediente de jurisdicción voluntaria relativo a declaraciones judiciales hechos pasados

Como ya se ha avanzado, la disposición final tercera LMD introduce en la LJV un nuevo capítulo XI del título II, comprendiendo los arts. 80 bis a 80 quinquies, que regula los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados, herederos directos de las antiguas «declaraciones para perpetua memoria» de la LEC 1881.

Este expediente tiene por objeto la «obtención de una declaración judicial sobre la realidad y circunstancias de hechos pasados determinados». Dichos hechos pueden ser «de cualquier naturaleza, concretos, ya acaecidos, percibidos o no por el promotor del expediente» (art. 80 bis 1 LJV).

El art. 80 bis LJV establece una serie de requisitos para la admisión. En primer lugar, la inexistencia de controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, exigencia que deviene de la propia naturaleza del expediente. Asimismo, es preciso que el objeto sea posible y lícito; que exista un principio de prueba sobre los hechos; que no resulte perjuicio para una persona cierta y determinada; que los he-

chos no sean objeto de un procedimiento judicial en trámite; y que no exista otro procedimiento judicial para la demostración de los hechos.

Por lo que respecta a la competencia, el art. 80 ter LJV la confiere a los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde acaecieron los hechos y, si fueran varios los lugares, a cualquiera de ellos a elección del solicitante. En defecto de este fuero, por no ser posible determinar el lugar de producción o desconocerse este, se ha de acudir al del domicilio del solicitante.

La Audiencia Provincial de A Coruña se ha pronunciado sobre la competencia de los juzgados de primera instancia en Auto de 30 de noviembre de 2023, por el que estimó el recurso de apelación interpuesto por los promotores del expediente frente a la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de El Ferrol de inadmitir el mismo, al entender que carecía de competencia para ello. De acuerdo con el citado Auto, «la atribución a los juzgados de primera instancia para el conocimiento y tramitación de las declaraciones de hechos pasados como expedientes de jurisdicción voluntaria, por mucho que puedan venir referidos a acciones criminales como aquellas indicadas en el presente supuesto por referirse a la muerte de personas que participaban en manifestaciones pacíficas en defensa de los derechos de los trabajadores, es la opción legislativa más acorde con el fin declarado de reconocimiento y resarcimiento de las víctimas por la LMD, ya que no persiguen los delitos que en aquel tiempo se cometieron, ejercicio del *ius puniendi* del Estado que corresponde claramente a la jurisdicción penal, sino que establece un cauce de investigación de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura así como en el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la entrada en vigor de la Constitución Española, para asegurar el derecho al conocimiento de la verdad, que fue largamente ocultada, y la tutela judicial efectiva de las víctimas y sus familiares, que permita la declaración de hechos pasados ante la jurisdicción civil»²².

22 Tras la valoración de la prueba propuesta y practicada en comparecencia, y con informe favorable del Ministerio Fiscal, el expediente concluyó por Auto de 14 de marzo de 2024, cuya parte dispositiva realiza la siguiente declaración de hechos pasados: «XXX falleció el día 10 de marzo de 1972, en Ferrol, por herida

De lo anterior se desprende que la declaración judicial de hechos pasados puede realizarse —siempre que no resulte perjuicio para persona cierta y determinada— aun cuando los hechos fueran constitutivos de delito, así como cuando ya se hubiera tramitado y archivado un procedimiento en la jurisdicción penal, como efectivamente ocurrió en el caso analizado por la Audiencia Provincial de A Coruña, pues la norma tan solo excluye los supuestos de concurrencia con otro procedimiento que se encuentre en tramitación.

En el expediente será siempre parte el Ministerio Fiscal, ex art. 80 ter 4 LJV, quien también ostentará legitimación activa para promoverlo, bien sea de oficio, bien a solicitud de cualquier persona (arts. 80 ter 2 párrafo segundo y 80 quater 1 LJV).

De este modo, el Ministerio Fiscal puede preparar la iniciación del expediente mediante la incoación y tramitación de las correspondientes diligencias preprocesales a que se refieren los arts. 5 EOMF y 9.2º del Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal* (en adelante, RMF). En su seno se podrá, entre otras actuaciones, recoger las informaciones necesarias para determinar la competencia y la concurrencia de las condiciones y requisitos del art. 80 bis LJV, así como recabar el principio de prueba exigido por la norma e identificar a las personas que puedan estar interesadas.

Estarán también legitimadas para promover el expediente, además del Ministerio Fiscal, aquellas personas que ostenten derechos o intereses legítimos relacionados con los hechos objeto de solicitud de declaración.

Esta solicitud se dirige al juzgado de primera instancia competente, incluyendo todos los extremos del art. 80 quater 1 LJV, esto es, el contenido de la declaración judicial que se interesa, un relato de las circunstancias relevantes, un principio de prueba y la identificación de los posibles interesados. Asimismo, se podrán incluir las consecuencias que, en su caso, se hayan de derivar de la declaración (art. 80 quater 5 LJV).

de bala disparada por arma de fuego procedente de la policía del régimen del dictador FRANCISCO FRANCO, cuando participaba en una manifestación pacífica, reivindicando derechos sociales».

Una vez admitida a trámite la solicitud, la ley prevé la imperativa celebración de comparecencia, siendo posible interesar la citación de testigos o peritos, así como pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas. La comparecencia se sustanciará por los trámites del juicio verbal y en ella se practicará la prueba propuesta en el acto.

El procedimiento se resolverá mediante auto, en cuya parte dispositiva se recogerá la declaración de hechos pasados interesada con todas sus circunstancias. El art. 80 quater 5 LJV permite que, además, en el auto se recojan aquellas consecuencias que se pudieran derivar de los hechos declarados²³.

Si de los mismos apareciera la existencia de un hecho inscribible como la defunción, se habrá de expedir testimonio a estos efectos (art. 80 quater 5 párrafo segundo *in fine* LJV, en relación con el art. 22.2 LJV), recordándose aquí la obligación que la ley impone al Ministerio Fiscal de promoverla, lo que será de objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

Como es lógico, dada la naturaleza de jurisdicción voluntaria del expediente, en caso de que durante la tramitación se formulase oposición justificada se habrá de proceder al sobreseimiento (art. 80 quater 6 LJV), pudiéndose formular demanda en el procedimiento que correspondiera.

El auto resolutorio será recurrible en apelación (art. 80 quinquies 2 LJV).

9. Competencias en materia de registro civil

Con carácter general, el art. 42.1.3º LRC impone al Ministerio Fiscal el deber de promover sin demora la inscripción, deber este reforzado por el art. 22.5 LMD en aquellos casos en que se comunicara el

23 El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Alicante, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 1490/2023, reconoce y declara el carácter ilegal y nulo de la condena y sanciones impuestas a un militar represaliado por la dictadura, al que se sentenció en Consejo de Guerra el 13 de septiembre de 1940. El Auto, dictado con informe favorable del Ministerio Fiscal, reconoce, además, a la víctima su graduación como Oficial del Cuerpo de Seguridad y Asalto de la escala de Oficiales con empleo de Capitán, que ostentaba en el momento de la condena y del que fue injustamente privado.

hallazgo de restos humanos resultado de las intervenciones llevadas a cabo por la administración competente, y según el cual «[e]l Ministerio Fiscal promoverá la inscripción de fallecimiento con arreglo a lo establecido en la legislación aplicable en materia de registro civil».

A este respecto se ha de citar el Decreto FGE de 6 de julio de 2021, recogido por la Instrucción de 9 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos del Registro Civil tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, que, al ofrecer directrices a las Oficinas del Registro Civil, recuerda que «[e]l Ministerio Fiscal cuenta con legitimación activa para promover asientos y procedimiento de Registro Civil (...). En estos procedimientos promovidos por el Ministerio Fiscal, el mismo tendrá intervención desde su fase de iniciación hasta su finalización y, en su caso, recurso/s, pudiendo intervenir en todos los trámites que sean precisos». E, igualmente, «será oído el Ministerio Fiscal en aquellos procedimientos que, no habiendo sido promovidos por dicha autoridad, su intervención venga prevista expresamente» por algún precepto legal.

Se hace preciso traer aquí el régimen especial que la LRC recoge en su disposición adicional octava para los casos de defunción de personas desaparecidas durante la guerra civil y represión política inmediatamente posterior. En estos casos, el expediente judicial resuelto favorablemente constituye título suficiente para practicar la inscripción, «siempre que, de las pruebas aportadas, pueda inferirse razonablemente su fallecimiento, aunque no sean inmediatas a éste. En la valoración de las pruebas se considerará especialmente el tiempo transcurrido, las circunstancias del peligro y la existencia de indicios de persecución o violencia».

10. La jurisdicción contencioso-administrativa

La jurisdicción contencioso-administrativa, en ocasiones injustamente olvidada, presenta una importancia capital en el ámbito de la defensa de los derechos humanos, pues constituye la vía para accionar contra la administración cuando esta, por acción u

omisión, incumple sus obligaciones positivas o negativas de protección impuestas por las leyes y los Tratados y Convenios internacionales.

El Ministerio Fiscal, en su calidad de garante de la legalidad y de los derechos de la ciudadanía, es parte procesal en aquellos procesos contencioso-administrativos en que así lo establezca la ley (arts. 124. CE y 3.14 EOMF), de conformidad con el art. 19.1.f) de la Ley 29/1988, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (en adelante, LJCA), en particular, en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en el capítulo I del título V LJCA. Sin embargo, ello no obsta para que, en defensa de la legalidad, y cuando esté comprometido el interés social, pueda provocar su intervención de conformidad con lo previsto en el art. 13 LEC.

Desde luego, pocas materias pueden afectar tanto al interés social cuya promoción nuestra Constitución encomienda al Ministerio Fiscal como el respeto por los derechos humanos, independientemente del tipo de procedimiento en que se ventile el asunto. Pensemos aquí, por ejemplo, en los procesos derivados de la aplicación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*; aquellos que traigan causa de decisiones de cualesquiera organismos internacionales de derechos humanos; o los dimanantes de la LMD, pues, como ya se ha dicho, la memoria democrática forma parte de los derechos humanos y toda la sociedad, en su conjunto, es titular de la misma²⁴.

En el ámbito de la jurisdicción contenciosa, por ejemplo, los tribunales han tenido la oportunidad

24 De ello es ejemplo la intervención de la Fiscalía de la Audiencia Nacional en los procedimientos contenciosos iniciados por distintas asociaciones en que se solicitaba la paralización de las labores de exhumación que se están llevando a cabo en el Valle de Cuelgamuros desde el mes de junio de 2023. En ellos, el criterio sostenido por el Ministerio Fiscal ha sido el de interesar la desestimación tanto de los recursos como de las medidas cautelares de suspensión solicitadas, con referencia expresa, entre otros argumentos jurídicos de naturaleza sustantiva y procesal, al perjuicio que la paralización supondría al derecho de las víctimas a la verdad y a la reparación, así como al cumplimiento del deber legal de la Administración Pública de proceder a la localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas.

de pronunciarse sobre la interpretación de qué son símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática, en relación con el concepto jurídico de *exaltación* a que se refiere la LMD y que ya se incluía en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre. De acuerdo con la jurisprudencia, la exaltación «[n]o requiere que la persona o colectivo cuyo nombre se les da [a las calles] se dedicaran a dignificar o realzar la sublevación, la Guerra Civil o la represión de la Dictadura, sino que basta con que la denominación dada a una calle produzca objetivamente ese efecto exaltador. En otras palabras, el legislador quiere remover aquellas actuaciones administrativas que, mediante la asignación de denominaciones concretas de las calles, producen la exaltación que rechaza. Por tanto, se estará en el ámbito normativo del artículo 15.1 [de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre] en todos los supuestos en que el nombre dado a una vía pública tenga el significado de realizar, ensalzar o dignificar hechos históricos que, según la Ley 52/2007, no deben ser exaltados por las Administraciones Públicas. Dar a una calle el nombre de una persona concreta supone destacarla frente a todos: son solamente unos pocos los distinguidos de ese modo. Es, pues, un trato tan excepcional el que así se dispensa que no cuesta trabajo advertir el alcance distintivo pretendido con tal acción (...). La exaltación proscrita por el artículo 15.1 de la Ley 52/2007 es la que producen actos de las Administraciones Públicas que objetivamente realzan, ensalzan, dignifican o suponen un reconocimiento elogioso de cualquiera de los hechos que identifica su inciso final o todos ellos: la sublevación militar de 1936, la guerra civil o la represión de la dictadura. Por eso, dar a cualquier calle el nombre de personas que participaron activamente y de manera relevante en la sublevación militar de 1936 y en la guerra civil y ocuparon cargos de máxima importancia en el régimen político surgido de ella es un acto de exaltación contrario al artículo 15.1 de la Ley 52/2007» (STS 13 de abril de 2023, siguiendo la STS de 15 de diciembre de 2022).

Por su parte, la STS de 14 de diciembre de 2023 determina la interpretación de la Ley 52/2007 y de su art. 15.1, esta vez en el marco del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, en concreto, de la libertad religiosa. La cuestión a dilucidar se enmarca aquí en «si

una Cruz, con un listado de personas fallecidas de un bando de los contendientes en la Guerra Civil, supone exaltación de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura o estamos ante excepciones contempladas en el art. 15.2 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la Memoria Histórica, en concreto, si supone estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley». La Sala fundamenta su decisión en el objeto de la norma, señalando que «el artículo 1.1 de la Ley 52/2007 expone cuál es el objeto de la ley y, entre los allí enumerados, debemos destacar ahora el referido a la adopción de las medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales», concluyendo que «estamos ante un símbolo religioso —cruz— que contiene elementos que impiden reconocerle un valor neutral como mero símbolo artístico o artístico-religioso. Por el contrario, su presencia en un espacio público permite apreciar un acto de exaltación en cuanto contribuye a realzar el mérito de aquella contienda civil con la inclusión del listado de fallecidos de un solo bando, implícitamente, también conlleva la reprobación del bando contrario en la percepción social».

11. Competencias en materia de tutela y reparación de las víctimas

El principio de reparación es central en el sistema del derecho internacional de los derechos humanos y se encuentra íntimamente unido al resto de sus principios vertebradores. La Observación General nº 31 del Comité de Derechos Humanos lo ha vinculado tan estrechamente con el derecho a la justicia que declara que «si no se da reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] hayan sido infringidos, queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos». Asimismo, distintos instrumentos internacionales, como veremos a continuación, incluyen el derecho a la verdad y las garantías de no repetición con una forma de reparación.

El Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, *sobre la concesión de reparaciones a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y graves violaciones del derecho internacional humanitario*, de 14 de octubre de 2014²⁵, recuerda que la violación de los derechos humanos «puede resultar demoledora para las víctimas, y sus repercusiones pueden ser duraderas y afectar a otras personas, e incluso a otras generaciones. El hecho de que no se apliquen medidas que mitiguen el legado de las violaciones tiene consecuencias graves para las personas y las colectividades, además de constituir un incumplimiento de una obligación jurídica».

La ya citada Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones, ha declarado que «[u]na reparación adecuada, efectiva y rápida tiene como finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario (...)» (párrafo 15). En ella se recoge expresamente la necesidad de establecer y reforzar los correspondientes mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación, «ya sea mediante procedimientos oficiales u oficiosos, judiciales o extrajudiciales, que sean ágiles, justos, poco costosos y accesibles». La reparación debe ser adecuada, efectiva, rápida y proporcional al daño; su finalidad es promover la justicia y remediar las violaciones graves y manifiestas del DIDH y del DIH.

La *reparación* es una denominación general que incluye diferentes formas de resarcimiento del daño y comprende, siempre que sea posible, la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

La *restitución* consiste en «devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los

derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración de su empleo y la devolución de sus bienes» (párrafo 19).

La *indemnización* se refiere al resarcimiento de los perjuicios económicamente evaluables, y ha de ser proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias del caso. Incluye el daño físico o moral, la pérdida de oportunidades (de empleo, educación, prestaciones sociales, etc.), los daños materiales y la pérdida de ingresos (lucro cesante), los perjuicios morales, o los gastos de asistencia jurídica, médica, psicológica y social.

La *rehabilitación* incluye el acceso a recursos presenciales, como la asistencia médica y psicológica, los servicios jurídicos y la asistencia social por personal capacitado y receptivo a las necesidades de las víctimas. Se ha de brindar particular atención a existencia de necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a otros factores como raza, sexo, edad, discapacidad, religión, prácticas culturales, situación socio-económica, familiar, etc.

La *satisfacción*, por su parte, comprende medidas de reparación de carácter simbólico, fuertemente relacionadas con el derecho a la verdad, entre las que se incluyen:

- Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones.
- La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, salvo que esta provoque más daño o sea contraria a los intereses de la víctima.
- La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas; la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo expreso o presunto de la víctima y las prácticas culturales de la comunidad.
- Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas y de las personas estrechamente vinculadas a ellas.

25 Informe A/69/518. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n14/564/70/pdf/n1456470.pdf?token=MET2F1VckYmtBODu-Y6&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

- Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.
- Conmemoraciones y homenajes a las víctimas.
- La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos, así como en el material didáctico a todos los niveles.

Por fin, las *garantías de no repetición* se incluyen en la Resolución 60/147 como otra forma de reparación. Este principio obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias a nivel normativo, institucional, político o social, que prevengan la recurrencia de las violaciones de los derechos humanos. La no repetición trasciende así el ámbito individual para adentrarse en un marco de reparación colectiva, al operar sobre los mecanismos necesarios para paliar aquellas deficiencias estructurales que dieron lugar a la vulneración de derechos.

En ocasiones, estas medidas requerirán una modificación legal o normativa; en otras, estarán dirigidas a la implementación de protocolos de actuación o de buenas prácticas, al establecimiento de políticas públicas de promoción de los derechos humanos, de planes estratégicos, de medidas de carácter educativo, de formación o de sensibilización social, entre otras.

Entre ellas, la Resolución 60/147 incluye la educación en derechos humanos, la promoción de la observancia de códigos de conducta y normas éticas, la potenciación de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales, o la revisión y reforma de leyes.

Por su parte, la Resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas recoge expresamente dentro del resarcimiento la producción de daños considerables en el medio ambiente, comprendiendo la rehabilitación, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación, cuando los daños causen la disgregación de la comunidad.

En los supuestos en que las violaciones de los derechos humanos se concreten en actos de violencia

sexual y de género, será necesario aplicar también en materia de reparación el enfoque de género²⁶. Así lo reconocen distintos instrumentos internacionales, como el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de 2010²⁷, el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la violencia de género y sexual en relación con la justicia transicional de 2014²⁸, o la Observación General del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas relativo a las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas de 2013²⁹.

Asimismo, algunos instrumentos, como la citada Resolución 40/34, contemplan la posibilidad de arbitrar mecanismos oficiosos para la solución de controversias, que incluyen la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación de las víctimas.

Aunque el derecho a la reparación nace *per se* de la violación del derecho, sin necesidad de que el mismo esté expresamente previsto en el Convenio respectivo³⁰, lo cierto es que múltiples tratados y

26 Naciones Unidas ha alertado en múltiples ocasiones de que la violencia sexual y de género contra mujeres y niñas se generaliza en los conflictos armados y que hasta se utiliza como táctica de guerra, y también constituye una amenaza real en los procesos migratorios. La Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de la ONU abordó por primera vez la violencia sexual en las situaciones de conflicto. Desde entonces, varias resoluciones de seguimiento —la 1888 (2009), la 1889 (2009) y la 1960 (2010)— han creado estructuras como el Representante Especial sobre la violencia sexual en los conflictos o el Equipo de Expertos sobre el Estado de Derecho y la Violencia Sexual en los Conflictos.

27 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g10/131/12/pdf/g1013112.pdf?token=Fr3m7rFp2rJigxJ5FH&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

28 Informe A/HRC/27/21. *Estudio analítico centrado en la violencia sexual y de género en relación con la justicia transicional*. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/068/37/pdf/g1406837.pdf?token=DtR8OVf717nle97r9A&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

29 A/HRC/WGEID/98/2 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g13/112/60/pdf/g1311260.pdf?token=ljoi8uZOplpmLt5TK&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

30 La Sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Chorzów Factory* (Alemania c. Polonia), de 13 de septiembre de 1928, establece por primera vez la obligación de reparar como un principio de derecho internacional, independientemente de su previsión convencional expresa. De acuerdo con la misma, «es un principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso conlleva una obligación de hacer una reparación en una forma adecuada. La reparación por tanto es el complemento indispensable de un incumplimiento en la aplicación

observaciones generales de los comités lo han incluido e interpretado específicamente.

Así, por ejemplo, el art. 14 de la Convención contra la Tortura impone a los Estados parte la obligación de garantizar a las víctimas de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible.

Dicho artículo ha sido objeto de interpretación por la Observación General n° 3 (2012) del Comité contra la Tortura³¹. Según esta, la reparación abarca la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Prevé que el objetivo último de la reparación es el restablecimiento de la dignidad de la víctima y que ésta ha de participar en el proceso de reparación. La obligación del Estado es tanto procedimental como sustantiva, debiendo establecer mecanismos de presentación de quejas y cerciorarse de que la reparación sea plena, efectiva y lo más completa posible. A los efectos de la restitución, se habrá de atender a las causas estructurales de la infracción, incluida cualquier forma de discriminación. Por su parte, la rehabilitación requerirá un planeamiento integrado que prevea un procedimiento para la determinación y evaluación de las necesidades terapéuticas y de otra índole de carácter interdisciplinar, basado en el Protocolo de Estambul³². La Observación incluye el derecho a la verdad como forma de reparación, así como mecanismos para garantizar el principio de no repetición. Los Estados parte, además, adquieren la obligación de informar periódicamente al Comité, proporcionando una evaluación continua de lo que hacen para proporcionar reparación a las víctimas.

Como ya se ha dicho, el art. 24 del Convenio Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas obliga expresamente a los Estados a garantizar el derecho a la

reparación de las víctimas y a una indemnización rápida, justa y adecuada. Esta incluye tanto los daños materiales y morales como otras modalidades de reparación, incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación de las víctimas.

Ya en nuestro ordenamiento interno, el art. 3.4 LMD establece que «[l]a consideración de víctima de conformidad con los apartados anteriores implicará la aplicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en cuanto sea procedente».

Acogiendo estos estándares internacionales sobre el carácter integral de la obligación de reparación, el EVD —que traspone 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*— declara ya en su Exposición de Motivos que «el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral».

El EVD establece el catálogo general de derechos de las víctimas en España, en esencia, el derecho a la información, al acceso a los servicios de asistencia y apoyo, incluyendo las Oficinas de Asistencia a las Víctimas³³ (en adelante OAV), el derecho a participar en el procedimiento, el derecho a la protección y el derecho a la reparación (art. 3.1 EVD).

Se establece la obligación de los órganos judiciales —que habrá de predicarse también del Ministerio Fiscal— de realizar una valoración individualizada de las necesidades de protección de la víctima, tenien-

de una convención y no hay necesidad de que esté indicado en la convención misma».

31 Observación General n° 3 (2012). *Aplicación del artículo 14 por los Estados partes*. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g12/487/21/pdf/g1248721.pdf?token=ay7zJFmGCCzbAMFZl-Y&fe=true>. Consultado el 30 de abril de 2024.

32 Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, conocido como Protocolo de Estambul.

33 En las OAV las víctimas reciben información general sobre sus derechos y, en particular, sobre la posibilidad de acceder a un sistema público de indemnización; sobre los servicios especializados disponibles para prestarle asistencia, a la vista de sus circunstancias personales y la naturaleza del delito; apoyo emocional; asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, etc. Todo ello en coordinación con los diferentes órganos, instituciones y entidades competentes para la prestación de servicios de apoyo.

Se han de valorar las circunstancias particulares de la víctima y sus necesidades de apoyo, asistencia psicológica, acompañamiento, recursos psicosociales y asistenciales, y se efectúa, en caso de ser necesario, la derivación a los mismos.

El acceso a estos servicios no se condiciona a la presentación de denuncia.

do en cuenta sus circunstancias personales y las características del delito sufrido (arts. 23 a 26 EVD). Se recogen asimismo diversas medidas tendentes a paliar el riesgo de victimización secundaria, como la prueba preconstituida, la evitación del contacto visual, la reducción del número de veces que se toma declaración, la improcedencia de preguntas relativas a la vida privada, etc.

La específica misión de protección de las víctimas que al Ministerio Fiscal le confieren los arts. 124 CE y 3.10 EOMF le impone un privilegiado deber de velar por el cumplimiento de las previsiones del EVD. Entre ellas, destaca el derecho a la información a que ya se refería Instrucción FGE 8/2005, de 26 de julio, *sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal*, que incluye información de sus derechos, así como de los recursos asistenciales de que disponen en su territorio y de las asociaciones memorialistas y/o de víctimas con actividad en el mismo.

La función reparadora del Ministerio Fiscal puede llevarse a cabo en el seno de un procedimiento judicial o de manera extraprocesal, ya sea en diligencias de investigación, ya en diligencias preprocesales.

Por su parte, el art. 30 LMD declara con carácter general el derecho de las víctimas del art. 3 al reconocimiento y la reparación integral por parte del Estado, imponiendo a la Administración General el deber de desarrollar «un conjunto de medidas de restitución, rehabilitación y satisfacción, orientadas al restablecimiento de los derechos de las víctimas en sus dimensiones individual y colectiva».

Además de la virtualidad en sí misma reparadora de otras actuaciones ya analizadas, como el acceso a la verdad a través de la investigación judicial, la jurisdicción voluntaria o los expedientes de Registro Civil, la LMD recoge otras medidas de reparación a las víctimas que el Ministerio Fiscal puede impulsar y/o de las que debe informar en el contexto de su actividad. A continuación, se recogen algunas de ellas:

11.1. Nulidad de resoluciones

El art. 5 LMD declara en su segundo apartado «la nulidad de las condenas y sanciones y la ilegalidad

e ilegitimidad del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos, de conciencia o creencia religiosa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley».

Por su parte, el apartado tercero declara «ilegítimas y nulas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos en la Constitución, independientemente de la calificación jurídica utilizada para establecer dichas condenas y sanciones».

Dicha nulidad opera *ope legis*, sin que resulte ni posible, por no haberse previsto cauce procesal para ello, ni necesario acudir a ningún procedimiento judicial de revisión.

De acuerdo con el art. 5.4 *in fine*, la declaración de nulidad deberá hacerse constar en el expediente judicial de la causa anulada. Con carácter general, dichos expedientes constarán en los correspondientes archivos documentales (judiciales, históricos, militares, etc.), por lo que, si en el transcurso de su actividad el Ministerio Fiscal tuviera conocimiento de alguna de estas condenas o sanciones, podrá dirigirse a la entidad, administración u organismo correspondiente para que proceda a la anotación de nulidad. En caso de que la misma derive de un expediente de declaración judicial de hechos pasados, será posible que, tanto el promotor como el Ministerio Fiscal, si no lo fuera, insten la anotación, que puede ser acordada como una consecuencia de la declaración en el auto que resuelva el expediente, de conformidad con el art. 80 quater 5 LJV, ya analizado.

Asimismo, el art. 5.4 permite que la declaración de nulidad confiera el derecho a obtener una declaración de reconocimiento y reparación personal a que se refiere el art. 6 LMD.

11.2. Declaración de reconocimiento y reparación personal

El art. 6 LMD reconoce el derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal a las víctimas del art. 3.1 LMD —y, en caso de fallecimiento, a los familiares del art. 3.3 LMD—, así como a quienes sufrieron las condenas y sanciones a que se refieren los arts. 4 y 5 LMD. De acuerdo con el precepto, «[e]ste derecho es plenamente compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en el resto de normas del ordenamiento jurídico, así como con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia».

Es competente para recibir la solicitud de declaración de reconocimiento y reparación personal el departamento competente en materia de memoria democrática (art. 6.4 inciso primero LMD).

Por tanto, el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de su función y, en concreto, del deber de información, podrá comunicar a las víctimas del art. 3 LMD, una vez identificadas, que disponen de este derecho, poniendo a su disposición —o solicitando del órgano judicial que así lo haga, en su caso—, aquellos antecedentes que fueran oportunos para acreditar su condición de víctima en el procedimiento administrativo correspondiente.

La declaración de reconocimiento y reparación personal no produce efectos para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado, de cualquier administración pública o de particulares, ni da lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional (art. 6.1 *in fine* LMD).

11.3. Registro y Censo Central de Víctimas

El art. 9 LMD regula un registro de víctimas del art. 3.1 LMD, de cuyo mantenimiento será responsable el departamento que asuma las competencias en materia de memoria democrática, y que se nutrirá de datos recabados de archivos, bases de datos documentales y obras de referencia especializadas, así como de los suministrados por las diferentes administraciones públicas y organismos y entidades del sector público institucional, por víctimas, por organizaciones memorialistas, grupos de investigación universitarios y cual-

quier otra fuente, nacional o internacional, que cuente con información relevante para el mismo.

Por tanto, los datos recabados en el seno de procedimientos judiciales o fiscales pueden ser fuente de información que contribuya a la conformación del registro, a petición de la parte interesada y con el expreso consentimiento de las personas afectadas, de lo que se deberá informar a las víctimas. De acuerdo con el párrafo tercero del art. 9.1 LMD, la información se incorporará de oficio por parte de la Administración o a instancia de las víctimas, de los familiares de estas o de las entidades memorialistas, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente, por lo que ni el Ministerio Fiscal ni los órganos judiciales están facultados para solicitar directamente la incorporación.

A partir de este registro, se elaborará «un censo público de todas las víctimas de la Guerra y la Dictadura, así como de quienes murieron en combate durante la Guerra, con independencia de su nacionalidad» (art. 9.2 LMD). Este censo incluirá tanto a las personas fallecidas como a los supervivientes que presten su expreso consentimiento, sin que se puedan incluir en el mismo categorías especiales de datos (art. 9.3 LMD).

11.4. Banco Estatal de ADN de las Víctimas de la Guerra y la Dictadura

El art. 23 LMD prevé la creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura como una base de datos de ADN de carácter estatal, adscrito al Ministerio de Justicia, con la función de recibir y almacenar los perfiles de ADN de las víctimas y sus familiares, así como de las personas afectadas por la sustracción de recién nacidos, con el fin de facilitar la identificación genética de las víctimas. La aportación de muestras biológicas es de carácter voluntario y gratuito, y requiere la acreditación de la condición de familiar de víctima.

El régimen de organización y funcionamiento del Banco queda reservado a desarrollo reglamentario ulterior.

El apartado 3 *in fine* del precepto prevé la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad colaboren informando a las personas interesadas

de la existencia de la base de datos de ADN y de los trámites de inclusión de muestras, por lo que no existiría obstáculo alguno para que esta misma información pueda ser proporcionada por el Ministerio Fiscal o, en su caso, por el órgano judicial, cuando no se hubiera hecho previamente.

11.5. Incautaciones de bienes y sanciones económicas

El art. 31.1 LMD reconoce «el derecho al resarcimiento de los bienes incautados y las sanciones económicas producidas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra y la Dictadura, en los términos que se establezcan legalmente, así como en la normativa de desarrollo».

El apartado 2 prevé la realización por parte de la Administración General del Estado de una auditoría de los bienes expoliados durante la guerra y la dictadura, incluyendo las obras de arte, el papel moneda u otros signos fiduciarios depositados por las autoridades franquistas, así como la imposición de sanciones económicas en aplicación de la normativa de responsabilidades políticas. La auditoría deberá incluir un inventario de bienes y derechos incautados, en el que se recogerán también los bienes inmuebles y derechos de contenido patrimonial de los que fueran titulares los Ateneos, cooperativas y entes asimilados. Una vez finalizada esta, se habrán de implementar las posibles vías de reconocimiento a los afectados (art. 31.3 LMD), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5.4 LMD.

Cuando, como consecuencia de su actuación, el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de estas incautaciones de bienes o de la imposición de estas sanciones económicas, podrá informar a la persona interesada de la puesta en marcha de esta auditoría, así como, en su caso, del inventario, a los efectos de que su caso pueda integrarse en el mismo.

11.6. Revisión y revocación de condecoraciones y recompensas

El art. 42 LMD prevé la revisión de condecoraciones y recompensas, concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, en aquellos casos en que se acredite que su beneficiario, «antes o después

de la concesión, con motivo de haber formado parte del aparato de represión de la dictadura franquista, hubiera realizado actos u observado conductas manifiestamente incompatibles con los valores democráticos y los principios rectores de protección de los derechos humanos, así como con los requisitos para su concesión». La revisión y revocación también podrá llevarse a cabo a título póstumo, y la retirada determinará la pérdida de todos los derechos anejos a la recompensa, incluso los económicos, produciendo efectos desde la notificación de la resolución que la declare (art. 42.4 LMD).

La revocación debe sustanciarse en un procedimiento administrativo que solo puede iniciarse de oficio y a iniciativa del titular del departamento competente. Su instrucción y resolución corresponde a los órganos competentes para tramitar los procedimientos de concesión (art. 42.3 LMD).

Los actos o conductas constitutivas de causa de revisión y revocación pueden resultar de sentencia penal firme, de diligencias judiciales, de la Fiscalía o policiales, de la imposición de sanción disciplinaria firme o de cualquier otro medio de prueba admisible en derecho (art. 42.2 LMD), por lo que cuando el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de sus funciones, constate la existencia de causa de revisión o revocación puede comunicarlo a la autoridad competente a los efectos oportunos.

11.7. Otras medidas de satisfacción o reparación simbólica en la LMD

Tal y como se ha señalado anteriormente, los instrumentos internacionales prevén que la reparación de las víctimas ha de incluir su satisfacción, esto es, medidas de carácter simbólico que restablezcan su dignidad y honor.

Entre otras, la LMD declara dos días conmemorativos: el 31 de octubre como día de recuerdo y homenaje a todas las víctimas del golpe militar, la Guerra y la Dictadura (art. 7) y el 8 de mayo como día de recuerdo y homenaje a los hombres y mujeres que sufrieron el exilio como consecuencia de la Guerra y la Dictadura (art. 8).

Asimismo acoge otras medidas como la promoción de políticas de memoria (art. 10) y la elaboración de

un Plan de Memoria Democrática (art. 12); el reconocimiento de la memoria democrática de las mujeres (art. 11); el derecho a la verdad de las víctimas y sus familias, así como de toda la sociedad en su conjunto, mediante la verificación de los hechos y su revelación pública y completa de los hechos (art. 15); la búsqueda, localización e identificación de personas desaparecidas (arts. 16 y ss); la consideración de Lugar de Memoria Democrática del Centro Documental de Memoria Histórica (art. 25) y el derecho de acceso y consulta de los registros públicos (art. 27); el impulso de actuaciones de reconocimiento y reparación a las víctimas de trabajos forzados y la señalización de lugares (art. 32); la concesión de la nacionalidad española a los voluntarios de las Brigadas Internacionales (art. 33) y familiares de exiliados (disposición adicional octava); la declaración general del deber de memoria (art. 34); la obligación de retirada de símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática (arts. 35 y ss); la supresión de títulos nobiliarios (art. 41); el fomento de políticas de memoria (art. 43); medidas en materia educativa (art. 44); de investigación (art. 45) y de investigación sobre el exilio y la memoria democrática de las mujeres (art. 46); planes de formación (art. 47); acciones de divulgación, reconocimiento y reparación simbólica (art. 48); o la declaración de lugares de memoria democrática (arts. 49 y ss), incluida la resignificación del Valle de Cuelgamuros (art. 54).

12. Conclusión: un modelo constitucional de Ministerio Fiscal

La nueva especialidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática avanza en la potenciación del

modelo de Ministerio Fiscal que diseñó el art. 124 de nuestra Constitución, trascendiendo de mero promotor de la acción pública penal para erigirse en garante de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público y social.

Ello se desprende con claridad del amplio y, en ocasiones, novedoso marco competencial que la norma confiere a la Unidad y, por ende, a la especialidad. Una intervención transversal que implica a las distintas jurisdicciones y que tiene como clave de bóveda la garantía integral de los derechos de las víctimas y la satisfacción del interés de la sociedad en su conjunto.

El Ministerio Fiscal es una pieza clave de nuestro sistema de garantías. Su papel es fundamental: por un lado, reaccionando ante cualquier vulneración de los derechos humanos y asegurando la adecuada respuesta del Estado de Derecho; pero también coadyuvando a la implementación en nuestro país de los más altos estándares internacionales en la actuación de los poderes públicos, incluida la administración de justicia.

No existe mayor interés social que aquel que se refiere a la protección de los derechos humanos, como cúspide de nuestra civilización y representación de la solidaridad humana internacional. Su promoción y defensa legitiman una actuación particularmente proactiva por parte del Ministerio Fiscal, que ha de explorar las enormes posibilidades que la Constitución, las leyes y su propia configuración estatutaria le ofrecen para erigirse, por derecho propio, en institución de referencia en la defensa de los valores democráticos, de los que los derechos humanos son la máxima expresión.

Ministerio Fiscal e investigación no penal de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos

MANUEL CAMPOY MIÑARRO
Fiscal de la Audiencia Nacional

RESUMEN

La investigación de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos forma parte de la función constitucional del Ministerio Fiscal. Se pretende exponer, con carácter general, las posibilidades de actuación que tiene sobre esta materia fuera del ámbito penal.

Y, seguidamente, resaltar aquellas materias y ámbitos directamente relacionados con los tratados y convenios internacionales, en los que el Ministerio Fiscal está promoviendo la acción de la justicia de forma proactiva, y sobre los que se pueden explorar nuevas posibilidades de actuación.

1. Introducción

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 consolidó el movimiento internacional de los derechos humanos. Fue redactada como «un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse».

Se erige sobre el principio de situar al individuo como sujeto de un conjunto de derechos derivados de su propia dignidad como persona que, a la vez, son de interés colectivo para la sociedad internacional.

Los derechos humanos constituyen el estatuto jurídico mínimo e indisponible de la persona y, por ello, su respeto y garantía se proyecta sobre los demás derechos y deberes de la vida en sociedad.

Por primera vez en la historia de la humanidad, se establecen claramente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar.

A lo largo de los años, lo establecido en la Declaración ha sido ampliamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos que todos deben respetar y proteger.

Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales.

En el plano regional se han adoptado otros instrumentos que reflejan las preocupaciones específicas en materia de derechos humanos de la respectiva región, y en los que se establecen determinados mecanismos de protección.

A su vez, la mayoría de los Estados también han adoptado constituciones y otras leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales.

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de aquellos.

En caso de que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos en el plano regional e internacional para presentar denuncias o comunicaciones individuales, que ayudan a garantizar que las normas internacionales de derechos humanos sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas en plano local.¹

El derecho internacional de los derechos humanos integra, pues, todo el conjunto de deberes y obligaciones asumidas en esta materia por los Estados, en virtud de la ratificación de tratados internacionales, que incorporan a su ordenamiento jurídico interno y se comprometen a respetar y proteger².

El derecho internacional humanitario, como parte del derecho internacional de los derechos humanos, comprende todo el conjunto de normas que, por razones humanitarias, tratan de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que han dejado de participar directa o activamente en las hostilidades e impone límites a la elección de medios y métodos de hacer la guerra. Por ello, suele llamarse también «derecho de la guerra» y «derecho de los conflictos armados»³.

España ha ratificado casi la totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos y los ha incorporado al ordenamiento jurídico interno por una doble vía:

Por una parte, como fuente primaria del derecho una vez que los tratados internacionales han sido ratificados y publicados oficialmente en España, conforme a los arts. 96.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), 1.5 del Código Civil (en adelante, CC) y 28 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de *Tratados y otros Acuerdos Internacionales* (en adelante, LTI)⁴.

1 <https://www.ohchr.org/es/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law>. Consultada el 27 de mayo de 2024..

2 <https://www.ohchr.org/es/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law>. Consultado el 15 de mayo de 2024.

3 <https://www.ohchr.org/es/protecting-human-rights-conflict-situations/international-standard>. Consultado en fecha 15 de mayo de 2024.

4 Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deben respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados (art. 29 LTAI).

Por otra parte, como canon interpretativo constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 10.2 CE).

Al hilo de su incorporación al ordenamiento jurídico interno a través de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, debe tenerse siempre presente que la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional ha declarado que la CE «protege los derechos fundamentales, no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos».

Así como que «los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE, impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en un acto meramente ritual o simbólico» (SSTC 247/2006, de 24 de julio, FJ 8; 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4).

La investigación de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario comprende toda la actividad dirigida a la averiguación de la realidad de los hechos o conductas que las causaron, a fin de garantizar su plena efectividad y protección, tanto para la sociedad en general como para las víctimas en particular⁵.

2. Función del Ministerio Fiscal en la investigación de las violaciones de derechos humanos

2.1. Configuración constitucional del Ministerio Fiscal

La Constitución Española, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial* (en adelante, LOPJ) y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante, EOMF), configuran al Ministerio Fiscal

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente, prevalecen sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional (art. 31 LTAI).

5 Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, se entiende por investigación la «actividad dirigida a la averiguación de la realidad de determinados hechos o conductas». <https://dpej.rae.es/lema/investigaci%C3%B3n>. Consultada en fecha 16 de mayo de 2024.

como órgano constitucional integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, con personalidad jurídica propia y por medio de órganos propios.

Seguidamente, le atribuyen la misión de 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 (arts. 124 CE, 541.1 LOPJ y 1.2 EOMF).

La defensa, investigación y protección de los derechos humanos, en cuanto núcleo esencial y primario de los derechos de los ciudadanos, constituye, pues, uno de los fines esenciales de la actuación del Ministerio Fiscal.

La propia CE le otorga legitimación *ad causam* para promover la acción de la justicia en defensa de los derechos humanos y, dada su naturaleza transversal, sin distinción ni exclusión alguna por materias o jurisdicciones.

A ello se añade que el EOMF dispone de forma expresa que corresponde al Ministerio Fiscal «velar por el respeto de (...) de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa» (art. 3.3 EOMF); así como «velar por la protección procesal de las víctimas (...), promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas» (art. 3.10 EOMF).

El EOMF dispone que en la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal en materia de derechos humanos y memoria democrática, con la categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá, entre otras, las siguientes funciones:

«(...) ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o a través de instrucciones, exigiendo las responsabilidades que procedan, cuando se refieran a hechos que constituyan violaciones del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluyendo los que tuvieron lugar con ocasión del golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura. Así como facilitar y coordinar los instrumentos de cooperación internacional para la reparación de las víctimas» [art. 20.2 ter.c) EOMF].

El Ministerio Fiscal, pues, tiene la misión constitucional de desplegar una actividad particularmente proactiva y diligente, en defensa de las víctimas de violaciones de derechos humanos, reaccionar contra cualquier vulneración de estos y velar por la protección efectiva de su reparación, a través de los diversos medios sustantivos y procesales previstos en el ordenamiento jurídico.

2.2. Configuración procesal del Ministerio Fiscal

Como consecuencia de la función constitucional del Ministerio Fiscal, las diferentes leyes procesales prevén expresamente su legitimación *ad procesum*, como parte procesal necesaria en determinadas modalidades procesales, por estar su objeto directamente concernido a las materias, ámbitos e intereses previstos en el art. 124.1 CE y, en particular, a los derechos fundamentales de la persona.

La propia CE y, en consonancia, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, *del Tribunal Constitucional* (en adelante, LOTC), otorgan legitimación al Ministerio Fiscal para interponer e intervenir en la tramitación del recurso de amparo constitucional [arts. 162.1.b) y 46.a) LOTC].

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LE-Crim) prevé que el fiscal es parte procesal necesaria, desde el inicio, en todos los procesos penales, a excepción de las causas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada (art. 105 LECrim).

Lo mismo ocurre con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LRPM), que directamente le atribuye la instrucción al Ministerio Fiscal (art. 6); y con la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar* (en adelante, LPM), con respecto a la Fiscalía Jurídico-Militar (art. 122 y ss LPM).

La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) prevé que el Ministerio Fiscal será siempre parte necesaria en el procedimiento ordinario cuando se pida la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental (art. 249.1.2º LEC).

La Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* (en adelante, LJCA), dispone la legitimación del Ministerio Fiscal, como parte procesal necesaria, en los procedimientos para la protección de los derechos fundamentales de la persona [arts. 19.f) y 114 y ss. LJCA].

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la Jurisdicción Social* (en adelante, LRJS), dispone, asimismo, la legitimación del Ministerio Fiscal, como parte procesal necesaria, en los procedimientos de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 17.4, y 177 y ss. LRJS).

Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria* (en adelante, LJV), prevé la intervención procesal necesaria del Ministerio Fiscal en los expedientes que afecten a intereses concernidos con su misión constitucional (art. 4 LJV).

En particular, dispone expresamente la legitimación activa del Ministerio Fiscal, bien de oficio o a solicitud de cualquier persona, en la tramitación de los «expedientes relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados», cuando tengan 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 (arts. 80 bis y ss. LJV).

El Ministerio Fiscal, por la misión constitucional que tiene asignada, tiene legitimación *ad causam* para ejercitar acciones, iniciar y personarse como parte procesal en todas las modalidades procesales, cuando su objeto esté directamente concernido con las materias, ámbitos e intereses previstos en el art. 124.1 CE y, en particular, con los derechos fundamentales de la persona.

La intervención sobrevenida del Ministerio Fiscal como parte procesal en los procesos ya pendientes es posible por así acordarlo el Juzgado o Tribunal, bien de oficio o tras autorizarlo a petición del propio Ministerio Fiscal (arts. 13 y 4 LEC), por su legitimación *ad causam* como consecuencia de encontrarse el objeto procesal concernido entre sus fines constitucionales.

El Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal*

(en adelante, RMF), a propósito del principio constitucional de legalidad, precisa que la actuación del Ministerio Fiscal se proyecta mediante dictámenes, informes, ejercicio de acciones y oposición a las indebidamente formuladas (art. 6 RMF).

Para cumplir con su función constitucional de promover la acción de la justicia, puede acordar la apertura de procedimientos, bien de oficio, a instancia del interesado o por comunicación que reciba (arts. 5 EOMF y 8.1 RMF), que podrán tramitarse como:

Diligencias de investigación, que tienen por objeto investigar si un hecho tiene relevancia penal (art. 9.1 RMF).

Diligencias preprocesales, que están encaminadas al ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico atribuye al Ministerio Fiscal (art. 9.2 RMF).

Expedientes gubernativos, destinados, entre otras, a cuestiones no comprendidas en las anteriores (art. 9.3 RMF).

3. Memoria democrática

3.1. Memoria democrática y derechos humanos

La Ley 20/2022, de 19 de octubre, de *Memoria Democrática* (en adelante, LMD), constituye el desarrollo en el derecho interno de los numerosos tratados y convenciones ratificadas por España sobre derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario.⁶

La memoria democrática es definida legalmente como «el 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

6 «Desde el fin de las guerras civiles y conflictos mundiales que asolaron Europa en el siglo XX, y especialmente desde el Holocausto, el impulso de las políticas de memoria democrática se ha convertido en un deber moral que es indispensable fortalecer para neutralizar el olvido y evitar la repetición de los episodios más trágicos de la historia. El firme compromiso con la pedagogía del “nunca más” se ha convertido en un imperativo ético fundamental en las sociedades democráticas en todo el mundo» (Preámbulo LMD).

la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales» (art. 1.1. LMD).

Por ello, resalta el deber de interpretar y aplicar las leyes de conformidad con el derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el derecho internacional humanitario, «según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables» (art. 2.3 LMD).

La LMD responde, pues, a la necesidad de impulsar la memoria democrática, como deber moral indispensable para neutralizar el olvido y evitar la repetición de los episodios más trágicos de nuestra historia.

La LMD parte de la premisa declarada por el Tribunal Constitucional, por la que considera que la libertad científica de la investigación histórica disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, así como que debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de las personas fallecidas concernidas, cuando se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica (STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5).⁷

3.2. Víctimas

3.2.1. Consideración de víctimas

La LMD se ocupa especialmente de las víctimas y crea todo un catálogo de derechos y facultades.

7 «Las valoraciones y juicios sobre los hechos históricos, y no sólo sobre la actualidad o sobre el pasado más próximo, son tan inevitables como necesarios, sin perjuicio de la dificultad de que alcancen consenso o valoración unánime». «Esto vale también para la reconstrucción científica del pasado que llamamos «historiografía», un saber reconocible en atención a su adecuación a ciertos métodos, y no en virtud de una pureza tal, de otra parte, inexigible, que prescindiera de toda perspectiva ideológica o moral en la exposición del pasado». «La posibilidad de que los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas depende de la existencia de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada». «Sin diálogo con los juicios de los demás (con los del historiador, en lo que aquí importa) no resulta posible formar el propio juicio. No habría tampoco espacio —que sólo puede abrirse en libertad— para la formación de una conciencia histórica colectiva» (STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5).

Con carácter general, considera víctimas, con independencia de que exista o no autoría conocida de la violación de sus derechos, 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 violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario 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».

Extiende su consideración a los familiares y a las comunidades, lenguas y culturas vasca, catalana y gallega (art. 3 LMD).

3.2.2. Derechos de las víctimas

Declaración de reconocimiento y reparación personal.

El art. 6 LMD reconoce el derecho de las víctimas a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal sobre los padecimientos sufridos y los efectos de las condenas y sanciones producidas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa, durante la Guerra y la Dictadura

Derecho a la verdad.

El art. 15 LMD reconoce el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad en general, consistente en la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de los motivos y circunstancias en que se cometieron las violaciones del derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas de 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 el esclarecimiento de su paradero.

Como consecuencia de ello, dispone el deber de las administraciones públicas de indagar, localizar, exhumar e identificar a las personas desaparecidas (art. 16 LMD), mediante protocolos y estudios antropológicos y genéticos forenses, debiéndose comunicar los hallazgos de restos al Ministerio Fiscal

y a las autoridades administrativas y judiciales competentes (art. 22 LMD).⁸

Derecho a la reparación integral.

El art. 30 LMD reconoce, con carácter general, el derecho de las víctimas al reconocimiento y la reparación integral por parte del Estado, mediante medidas de restitución, rehabilitación y satisfacción, orientadas al restablecimiento de los derechos en sus dimensiones individual y colectiva.

Regula especialmente el derecho al resarcimiento de los bienes incautados y de las sanciones económicas sufridas (art. 31 LMD), el reconocimiento y reparación a quienes realizaron trabajos forzados (art. 32 LMD), así como la concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales (art. 33 LMD) y a los descendientes de exiliados (DA octava LMD).

3.3. Deberes impuestos a las administraciones públicas

La LMD, a fin de garantizar la memoria democrática, dispone con carácter general que las administraciones públicas tienen el deber de evitar que puedan volver a repetirse las violaciones de derechos humanos que se produjeron durante el golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura (art. 34 LMD).

En particular, dispone el deber de retirar, eliminar y reinterpretar todos los símbolos y elementos con proyección pública contrarios a la memoria democrática (art. 35 LMD), impedir actos públicos contrarios a esta (art. 38 LMD), privar de subvenciones a quienes atenten, alienten o toleren prácticas contrarias a sus principios (art. 39 LMD), y revisar los reconocimientos, honores, distinciones, condecoraciones y recompensas manifiestamente incompatibles con sus valores (arts. 40 y 42 LMD).

Añade, por último, el deber de declarar y proteger los *Lugares de Memoria Democrática* por su sin-

8 La Fiscalía de la Audiencia Nacional ha interesado la prevalencia del derecho a la verdad sobre los intentos de impedir las actuaciones de Patrimonio Nacional en el Valle de Cuelgamuros, en los Procedimientos por Derechos Fundamentales 4/2023 de los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo nº 5 y 11.

gular relevancia, significación histórica o simbólica (art. 49 LMD).

4. Reconocimiento y protección a las víctimas del terrorismo

4.1. Víctimas del terrorismo y derechos humanos

La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de *Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo* (en adelante, LVT), constituye un estatuto normativo unitario, basado en los principios de respeto, justicia y solidaridad, destinado a amparar y proteger a «quienes han sido víctimas de las acciones del terrorismo», asumiendo que «son, en efecto, víctimas de violaciones de derechos humanos» (Preámbulo).

Resalta «el valor de la memoria» como la garantía última de que la sociedad española y sus instituciones representativas no van a olvidar nunca a los que perdieron la vida, sufrieron heridas físicas o psicológicas o vieron sacrificada su libertad como consecuencia del fanatismo terrorista; y reitera el compromiso de perseguir la derrota definitiva, incondicional y sin contrapartidas del terrorismo en todas sus manifestaciones (Preámbulo).

La LVT considera víctimas del terrorismo, con carácter general, a quienes sufran la acción terrorista; definida esta como la llevada a cabo por personas integradas o no en organizaciones o grupos criminales que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (art. 3 LVT).

4.2. Derechos de las víctimas

4.2.1. Derecho a la verdad

La LVT, en cuanto que las víctimas del terrorismo son víctimas de violaciones de derechos humanos, y al igual que posteriormente ha hecho la LMD, reconoce expresamente la necesidad de garantizarles

los valores de memoria, dignidad, justicia y verdad (art. 2 LVT).⁹

En la misma línea que posteriormente desarrolló la LMD, anticipó de modo implícito a las víctimas del terrorismo el reconocimiento del «derecho a la verdad», consistente en poner de manifiesto la violación de los derechos humanos que suponen las acciones terroristas (art. 2.1 LVT).

4.2.2. Derecho a la reparación integral

Asimismo, reconoce implícitamente el derecho a la reparación integral (art. 2.2 LVT), «con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista» (art. 1).

Dispone todo un catálogo propio de derechos y prestaciones económicas (arts. 17 a 27 LVT), tributarias (art. 16 LVT), sanitarias (arts. 31 y 32 LVT), sociales (arts. 33 a 37 LVT) y educativas (art. 38 LVT), así como la posibilidad de adquirir la nacionalidad española (art. 41 LVT).

Incorpora una protección reforzada a los derechos fundamentales a la intimidad, datos personales e imagen de las víctimas (art. 42 LVT), por lo que considera expresamente como publicidad ilícita toda aquella que utilice esta última con carácter despreciativo, vejatorio, sensacionalista o con ánimo lucrativo (art. 43 LVT), disponiendo, al efecto, la posibilidad de ejercitar acciones de cesación y rectificación (art. 45 LVT).

4.3. Deberes para las administraciones públicas

Dispone, como deberes para las administraciones públicas, el otorgamiento de condecoraciones (art. 52 LVT), presencia protocolaria en todos los actos institucionales que les afecten (art. 58 LVT), garantizar una educación para la defensa de la libertad,

⁹ *Memoria*, que salvaguarde y mantenga vivo su reconocimiento social y político. *Dignidad*, simbolizando en las víctimas la defensa del Estado democrático de Derecho frente a la amenaza terrorista. *Justicia*, para resarcir a las víctimas, evitar situaciones de desamparo y condenar a los terroristas. *Verdad*, al poner de manifiesto la violación de los derechos humanos que suponen las acciones terroristas (art. 2.1 LVT).

la democracia y la paz (art. 59 LVT), así como actos promocionales de recuerdo y homenaje (art. 60 LVT).

En particular, añade el deber de impedir símbolos y elementos con proyección pública y de actos públicos contrarios al reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo (art. 61 LVT).

5. Dictámenes de Comités de Naciones Unidas

Distintas convenciones de Naciones Unidas ratificadas por España prevén la posibilidad de acudir a comités creados al efecto, para verificar el cumplimiento y respeto por los Estados parte de los derechos humanos amparados por estas.¹⁰

La STC 61/2024 de 9 de abril, FJ 4.c) fundamenta que la lesión de diversos derechos humanos reconocidos en las convenciones y declarada por dictámenes de las respectivas comisiones puede acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales de los recurrentes, y ello habida cuenta de que «el contenido de aquellos constituye parte esencial de estos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos sean insoslayables instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución española (art. 10.2 CE)».

Añade que la obligación estatal de cumplir los tratados de derechos humanos, conforme al art. 96.1 CE, «lleva aparejada la exigencia de respeto a los mecanismos internacionales de garantía de tratados cuando exista (...) una voluntad estatal expresa de sumisión a dichos mecanismos».

Ya con anterioridad el Tribunal Constitucional había declarado que la «lesión de derechos humanos declarada» por dictámenes de órganos creados por convenciones de Naciones Unidas «puede acreditar una lesión de los correspondientes derechos

fundamentales», por cuanto el contenido de estos integra el de aquellos, habida cuenta de que deben ser interpretados de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (ATC 260/2000, de 13 de noviembre. FJ 2).

Y añadía que la vulneración de derechos humanos así declarada por dictámenes de órganos creados por convenciones de Naciones Unidas «debe poder ser examinada y en su caso reparada por los Jueces y Tribunales españoles», a fin de evitar que la lesión de los derechos fundamentales concernidos «permanezca incólume y el acto o resolución que la haya ocasionado vigente en sus efectos» (ATC 260/2000, de 13 de noviembre, FJ 2).

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, en la referida STC 61/2024 de 9 de abril, Antecedentes.9.c), además de interesar la estimación del recurso de amparo, argumentó, entre otras, que «[a]unque los dictámenes del Comité no tengan fuerza ejecutoria directa ni sean equiparables a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto que forma parte de nuestro derecho interno».

Si bien «el Dictamen no puede declarar la existencia de error judicial, sustituyendo a los órganos judiciales españoles por la vía del art. 293 LOPJ, (...) sí es suficiente para sustentar el procedimiento de reclamación por funcionamiento anormal» de la Administración de Justicia.

«Excluir a la resolución del Comité del carácter de título habilitante para abrir la vía de la reclamación por funcionamiento anormal, y de esta manera cerrar la del proceso de la reclamación interpuesta derivándola a un procedimiento —error judicial— que no es en sí mismo imprescindible cuando existe una resolución de un Comité de DDHH que reconoce la existencia de una violación del art. 7 PIDCP, comporta no reconocer la virtualidad del dictamen como título autónomo habilitante de un procedimiento de reclamación por funcionamiento anormal, limitando la fuerza ejecutoria que se deriva de la doctrina constitucional y desconocer el criterio establecido por el Tribunal Supremo».

¹⁰ <https://exteriores.gob.es/es/PoliticaExterior/Paginas/EspanaNacionesUnidas.aspx>. Consultada en fecha 14 de mayo de 2024.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido avanzando en la reparación de derechos humanos vulnerados, cuando así lo han declarado dictámenes de comités de Naciones Unidas:

Las decisiones de órganos creados por convenciones de Naciones Unidas ratificadas por España tienen carácter vinculante y obligatorio, aunque no regulen el carácter ejecutivo de sus decisiones (STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 4, nº 1597/2023, de 29 de noviembre, FD 7).

La vulneración de derechos humanos declarada por los comités de Naciones Unidas puede tener encaje, además de en los derechos fundamentales especialmente concernidos, en el art. 24 CE (tutela judicial efectiva) cuando en «los diversos procedimientos judiciales que revisaron la práctica administrativa no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada» (STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 4, nº 1263/2018, de 17 de julio, FD 7).

Los dictámenes de órganos creados por convenciones de Naciones Unidas que declaran la vulneración de derechos humanos pueden ser «presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» (STS Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 4, nº 1597/2023, de 29 de noviembre, FD 7).¹¹

La vulneración de derechos humanos declarada por los comités de Naciones Unidas «viene referida a la no adopción por los órganos del Estado español, en sus diversas esferas, órdenes e instancias, de las medidas necesarias y eficaces que evitasen la discriminación de los recurrentes» (STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 4, nº 1597/2023, de 29 de noviembre, FD 7).

11 La responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia y de los demás servicios públicos (arts. 106 .2 CE y 32 LRJSP) tiene naturaleza resarcitoria y se cimienta sobre los siguientes presupuestos: existencia de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos concernidos (causalidad), ausencia de fuerza mayor y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar (STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 4, nº 786/2023, de 13 de junio, FD 7).

El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 114 y ss. LJCA) constituye un cauce idóneo para que los jueces y tribunales españoles puedan examinar y, en su caso, reparar la vulneración de los derechos reconocidos en convenciones de Naciones Unidas ratificadas por España, a fin de evitar que permanezca incólume, así como vigente en sus efectos, los actos o resoluciones que la hayan ocasionado (STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 4, nº 1263/2018, de 17 de julio, FD 7).¹²

«No puede entrar en juego la excepción de cosa juzgada (...), la lesión apreciada no deriva exclusivamente de los hechos entonces juzgados, sino también de la actuación y decisiones de las Administraciones intervinientes al dar respuesta a aquellos, incluida la de los órganos judiciales contenciosos administrativos que denegaron aquella» (STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 4, nº 1263/2018, de 17 de julio, FD 7.3).

Junto a la vía procesal directa de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia existe la posibilidad de recla-

12 La Fiscalía de la Audiencia Nacional, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 114 y ss. LJCA), ha interesado la plena aplicabilidad y reconocimiento de los dictámenes de comités de Naciones Unidas sobre violaciones de derechos humanos, al amparo de diferentes instrumentos y convenciones ratificados por España en diversas materias como: protección familiar, torturas, educación inclusiva y discapacidad, violencia obstétrica. Protección familiar. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 («BOE» núm. 103, de 30/04/1977). Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Sec. 5, PDF 5/2020. Torturas. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, ratificada por España por instrumento de ratificación de 19 de octubre de 1987 («BOE» núm. 268, de 9/11/1987). Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Sec. 5, PDF 2/2021. Educación inclusiva y discapacidad. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España por Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007 (BOE» núm. 96, de 21/04/2008). Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Sec. 3, PDF 2/2022. Violencia obstétrica. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDM), hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, ratificada por Instrumento de 16 de diciembre de 1983 («BOE» núm. 69, de 21/03/1984). PDF 1/2023 y 1/2024, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Sec. 3

mar indemnización por causa de error judicial, precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, conforme a los trámites procesales del recurso de revisión en materia civil, y siendo parte, en todo caso, el Ministerio Fiscal (arts. 292 y 293 LOPJ).

Y es que, tanto en las reclamaciones directas de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como en las derivadas de error judicial, que traen causa de dictámenes de comités de Naciones Unidas, el daño o lesión causada viene dado, además de por otras posibles circunstancias procesales o extraprocesales, por el hecho principal de que los órganos judiciales y en su caso fiscales, con incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 10.2, 96.1 CE y 10.5 CC, no han tenido en cuenta o aplicado de forma correcta y adecuada las convenciones sobre derechos humanos ratificadas por España y que forman parte de nuestro propio ordenamiento jurídico.

6. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupa de enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones por los Estados firmantes de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en sus Protocolos (en adelante CEDH).¹³

El art. 5.bis LOPJ dispone que se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH; siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

13 <http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>. Consultada en fecha 16 de mayo de 2024.

Las diferentes leyes procesales regulan, de forma coincidente con la LOPJ, el recurso de revisión contra resoluciones judiciales firmes cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dichas resoluciones han sido dictadas en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH; si bien añaden, «sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas» (arts. 510.2 LEC, 102.2 LJCA, 236 LRJS, 954.2 LCRIM y 328.2 LPM).¹⁴

Limitan la legitimación activa a «quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos»¹⁵, y en todo caso interviene el Ministerio Fiscal.

La doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe aplicarse de forma directa e inmediata en nuestro ordenamiento jurídico, al ser nuestro Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos (arts. 10.2 y 96.1 CE), así como ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE y ATC 27/2017, de 20 de febrero, FJ 2).

Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen, en cambio, carácter meramente declarativo, por lo que ni pueden anular resoluciones o disposiciones legales dictadas por los órganos oportunos del correspondiente Estado, ni son directamente ejecutivas (ATC 27/2017, de 20 de febrero, FJ 2).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es una instancia supranacional que tenga competencia para revisar las resoluciones por él dictadas (ATC 27/2017, de 20 de febrero, FJ 2).

El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la CE, tiene jurisdicción para examinar no ya si las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fueron correctamente ejecutadas —lo que corresponde al Comité de Ministros del Con-

14 En la jurisdicciones penal y militar, los arts. 954.2 LECRIM y 328.2 LPM no añaden «sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas».

15 En la jurisdicción militar, los arts. 329 y 331 LPM amplían la legitimación para interponer el recurso de revisión, así como reconocen legitimación expresa para interponerlo al Fiscal Togado.

sejo Europa— sino si la vulneración del derecho fundamental declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos persiste; acordando en tal caso la adopción de las medidas correctoras necesarias (ATC 27/2017, de 20 de febrero, FJ 2).

El ordenamiento jurídico permite, además, la posibilidad de poder reparar por la vía indemnizatoria la violación de derechos humanos apreciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez estimado el recurso de revisión, mediante la doble vía del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o del error judicial, si bien, para esta última, no precisa ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, pues podrá resultar directamente de la sentencia dictada en virtud del propio proceso revisor (arts. 292 y 293.2 LOPJ).

7. Asilo, refugio y protección internacional¹⁶

El art. 13.4 CE y la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria* (en adelante, LA), incorporan en el ordenamiento jurídico español el derecho internacional de los derechos humanos sobre la materia.¹⁷

De hecho, la propia LA incorpora en los procesos de asilo la intervención directa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).¹⁸

Los arts. 34 y 35 LA prevén que el representante en España del ACNUR deba ser informado inmediatamente de la presentación de las solicitudes en frontera, pueda informarse de la situación de los expedientes, tener acceso a las personas solicitantes y estar presente en las audiencias, presentar informes para su inclusión en el expediente, así como ser convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.

16 Los datos a fecha junio de 2023 son: 35,3 millones de personas refugiadas, 62,5 millones de personas desplazadas debido a conflictos y violencia, y 5,4 millones de solicitantes de asilo. <https://www.acnur.org/datos-basicos>. Consultada en fecha 15 de mayo de 2024.

17 <https://www.un.org/es/global-issues/refugees>. Consultado en fecha 15 de mayo de 2024.

18 <https://www.acnur.org/acerca-de-acnur> Consultado en fecha 15 de mayo de 2024.

La resolución sobre concesión o denegación de asilo y protección subsidiaria corresponde al ministro del Interior (art. 24.2 LA).

La competencia objetiva para conocer de la impugnación de resoluciones en materia de asilo corresponde a la Audiencia Nacional: los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo conocen en caso de inadmisión (art. 9.1.e LJCA) y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el resto de los supuestos (art. 11.1.a LJCA).

La Fiscalía de la Audiencia Nacional, al amparo de la legitimación constitucional *ad causam* del art. 124 CE, se ha personado como parte procesal en procesos ordinarios de asilo y extranjería, relativos a violencia de género, trata de seres humanos, riesgo grave para la vida por persecución talibán y menores no acompañados.¹⁹

8. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) proclama que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos (art. 2 TFUE).

Los derechos garantizados por el CEDH quedan incorporados al derecho primario de la Unión (art. 6.3 TFUE).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CEDF), con valor de tratado (art. 6.1 TFUE), dispone que el contenido e interpretación de los derechos contenidos en la Carta que correspondan a derechos garantizados

19 P.e: Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Sec. 7, P.O 2632/19. Violencia de género.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Sec. 2. P.O 130/2020. Trata de seres humanos.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Sec. 5 P.D.F 1/2021. Retorno de menores no acompañados. Menores de Ceuta.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sec. 4, P.O 894/2023. Riesgo grave para la vida por persecución talibán. Fiscal antiterrorista afgana.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Sec. 7, P.M.C 8/2024. Menor no acompañado.

por el CEDH será igual al que les confiere dicho Convenio, lo que no obsta a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa (art. 52.3 CEDF).

A modo de protección, añade que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros y, en particular el CEDH, así como por las constituciones de los Estados miembros (art. 53 CEDF).

El art. 267 TFUE dispone que al Tribunal de Justicia de la Unión Europea le corresponde pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, cuando la cuestión sea planteada por un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, por estimar necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictadas a través de cuestiones prejudiciales interpretativas sobre derechos humanos concernidos, incorporan directamente al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros el contenido de los derechos humanos proclamados en el CEDH.

Los arts. 4 bis LOPJ y 43 bis LEC regulan la tramitación de la cuestión prejudicial europea, con audiencia al Ministerio Fiscal en los casos que legalmente proceda.

El Protocolo nº 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento de

Procedimiento del Tribunal de Justicia (en adelante, RPTJ), prevén la participación procesal en las cuestiones prejudiciales, tanto en la fase escrita como en la fase oral, de las partes del litigio principal ante el Estado remitente, que el órgano jurisdiccional que la plantea identifique como tales, con arreglo a las normas de procedimiento nacionales (arts. 96 y 97 RPTJ).

La Instrucción 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, *sobre la intervención del fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas*, concluye, entre otras, que, dada la extraordinaria trascendencia de las cuestiones prejudiciales, deben ser tratadas con la «máxima diligencia y rigor técnico jurídico», así como que el Ministerio Fiscal puede «tomar la iniciativa» para que se planteen.

El Ministerio Fiscal tiene una función relevante en las cuestiones prejudiciales interpretativas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, participando tanto en la fase escrita como en la fase oral, en todas aquellas que traen causa de procesos en los que intervenga y, en especial, por su propia naturaleza y trascendencia, en aquellas en las que están concernidos derechos humanos en cualquiera de sus manifestaciones.²⁰

9. Conclusión

El derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por su propia naturaleza y transversalidad, se proyecta sobre todos los ámbitos, materias y jurisdicciones; correspondiendo a todos los poderes públicos garantizar su aplicación efectiva, respeto y protección, y en particular al Ministerio Fiscal como promotor constitucional de la acción de la justicia ante los juzgados y tribunales.

20 La Fiscalía de la Audiencia Nacional ha intervenido en la cuestión prejudicial TJUE C-314/23. Air Nostrum, planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tanto en la fase escrita como en la vista celebrada ante el TJUE el día 19 de marzo de 2024, concerniente al derecho a la igualdad, defendiendo la necesidad de garantizar su carácter prevalente entre las personas trabajadoras mujeres y hombres, con motivo de la negociación colectiva sobre dietas por desplazamientos profesionales.



**Ministerio
Fiscal**

El reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia: un referente de nuestras experiencias para seguir avanzando en la construcción de una paz justa, estable y duradera

DIGNA ISABEL DURÁN MURILLO¹

Fiscal del Tribunal de la Unidad de Investigación y Acusación ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

SEBASTIÁN PEÑUELA CAMACHO²

Doctorando en Estudios sobre Desarrollo de la Universidad del País Vasco

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto hacer un acercamiento sobre la trayectoria de cómo ha sido el reconocimiento institucional y normativo de los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia. Para ello, se explicarán algunas de las principales normativas y políticas públicas que han permitido que, a pesar de los grandes retos que persisten en la actualidad, la experiencia colombiana sea de especial relevancia para seguir avanzando hacia la búsqueda de la verdad, la justicia y la efectiva reparación de las víctimas en contextos de conflicto armado. A su vez, también se buscará relatar experiencias concretas relacionadas con la atención inmediata a víctimas y la búsqueda de personas desaparecidas que, aunque no son tan comúnmente reseñadas en la literatura especializada de la materia, son antecedentes de suma importancia para comprender el camino que ha hecho Colombia, desde distintas instituciones, para lograr el reconocimiento efectivo de los derechos de las víctimas³.

- 1 Profesional en Derecho de la Universidad INCCA de Colombia. Con Maestría en Mediación y Gestión del Conflicto de la Universidad Internacional de Valencia - España y estudios en la Maestría en derecho internacional humanitario de la Universidad de Ginebra - Suiza. Especialista en Derechos Humanos de la Universidad Henry Dunant - Suiza, y Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido Viceministra de Justicia y del Derecho (E), Directora de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia de Colombia. En la Fiscalía General de la Nación ha sido la primera Directora de Atención a Víctimas y Usuarios, Fiscal de Justicia Transicional y Procuradora en Asuntos Penales ante la Unidad de Derechos Humanos. Actualmente es Fiscal ante el Tribunal de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Catedrática del Instituto de derecho internacional humanitario de San Remo, Italia.
- 2 Politólogo de la Pontificia Universidad Javeriana - Colombia. Con Maestría en Democracia y Gobierno de la Universidad Autónoma de Madrid y actualmente Doctorando en Estudios sobre Desarrollo del Instituto HEGOA de la Universidad del País Vasco / EHU. Especialista en justicia transicional y participación ciudadana, ha sido asesor de la Dirección de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia de Colombia, investigador de la Fundación Ideas para la Paz y consultor para la formulación y gestión de proyectos de cooperación internacional en Colombia, España y Guatemala. Fue editor académico del libro "Retos de la implementación de la justicia transicional en Colombia" publicado por la Pontificia Universidad Javeriana.
- 3 Este artículo nace del conocimiento propio de los autores a partir de las experiencias que han tenido, por ejemplo, en cargos institucionales relacionados con la implementación de medidas de justicia transicional. Así, el texto no busca hacer una sistematización exhaustiva de la normativa en materia de reparación a víctimas, ni tampoco un análisis jurídico de la misma. Por el contrario, el presente texto tiene la pretensión de identificar y reseñar experiencias concretas para conocer sus aportes en los esfuerzos por el reconocimiento de los derechos de las víctimas en conflictos armados internos.

1. Introducción

En el ámbito normativo pareciera que Colombia ha avanzado más rápido en la construcción de complejos andamiajes jurídicos que en el cumplimiento efectivo de sus deudas históricas. Aún persisten grandes niveles de impunidad, un incalculable número de personas dadas por desaparecidas, millones de víctimas que, aunque están plenamente identificadas, todavía no han sido reparadas y, ante todo, una característica de multidimensionalidad de conflictividades y de diversidad de actores que complejizan aún más la reparación efectiva de las víctimas. No obstante, es evidente que el amplio y complejo andamiaje para el resarcimiento de los derechos de las víctimas ha terminado por crear una institucionalidad que será decisiva para lograr el objetivo supremo de reconocimiento y reparación. Es así como en Colombia subsiste una permanente tensión entre la continua vulneración de los derechos humanos y, a la vez, el continuo surgimiento de marcos jurídicos que buscan ser un contrapeso a la guerra y a la violencia; justamente por ello, es obligatorio reconocerlo y avanzar en su cumplimiento. En definitiva, nuestro futuro como país está mediado por poner en marcha las novedades jurídicas que hemos construido y reconocer la trayectoria de sus antecedentes.

Es así como, desde la Ley de Desplazamiento Forzado (Ley 387 de 1997), la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y la innovadora Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011), en Colombia ha persistido un espíritu por crear marcos jurídicos que imponen como deber de la institucionalidad, el garantizar los derechos de las víctimas, siendo este el único camino posible para avanzar hacia la construcción de una paz justa y duradera. De ahí que sea indispensable explicar de manera general cada una de estas normativas y sus avances en materia de reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Además, también es importante mencionar la experiencia concreta que ha tenido una entidad como la Fiscalía General de la Nación de Colombia. Desde la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios se creó un novedoso mecanismo denominado Centro de Atención Penal Integral a Víctimas (CAPIV), el cual buscó, desde un abordaje integral y coordinado con la institucionalidad colombiana,

la atención, orientación, información y recepción de denuncias e inicio de las investigaciones. En los CAPIV, en tanto centros integrales y especializados de atención a víctimas, su accionar no dependía de si éstas lo eran en razón o no del conflicto armado, lo cual ralentizaba muchas veces el inicio e investigación de las denuncias⁴. Por el contrario, partía de reconocer la urgencia de la atención de las víctimas desde un enfoque diferencial, de género, basado en derechos humanos, de realizar su labor desde una acción sin daño y en la búsqueda del goce efectivo de los derechos humanos. Los CAPIV mostraron la necesidad que tenía la institucionalidad colombiana de atender a las víctimas sin ahogarse en los marcos jurídicos, evitando la revictimización y primando la garantía de sus derechos desde un abordaje integral e interinstitucional.

Otra experiencia de especial valor en la trayectoria del reconocimiento de los derechos de las víctimas fue el Plan Nacional de Búsqueda de las personas desaparecidas con ocasión del conflicto armado. Durante las negociaciones que sucedieron en La Habana (Cuba) entre el Gobierno de Colombia y la extinta guerrilla de las FARC – EP, hubo un reclamo sentido por parte de las víctimas para que se iniciara de forma inmediata la búsqueda de sus familiares dados por desaparecidos. En ese momento, la única entidad que podía hacer esa búsqueda y posible exhumación de cuerpos era la Fiscalía General de la Nación. Por ello, fue mediante el Comunicado Conjunto # 62 de la Mesa de Negociación donde se acordó que, con el fin de aliviar el sufrimiento de las familias de personas desaparecidas, la Fiscalía (y posterior al acuerdo, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas) tendría que encargarse de dirigir las medidas inmediatas humanitarias de búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de los cuerpos de las personas dadas

4 En un país con un conflicto armado interno tan largo, multidimensional y multiactor, los hechos victimizantes se entrecruzan con otras dimensiones de la sociedad civil. Es decir, los hechos de violencia, en razón directa al conflicto, se reproducen en otras esferas como la familiar o la institucional. Así, por ejemplo, suceden hechos de desaparición de personas que, aunque inicialmente no puede ser catalogada en razón del conflicto armado, al final son conductas que se reproducen y retroalimentan por un contexto de altísima conflictividad. Las fronteras terminan siendo difusas y, por ello, es deber del Estado asegurar un abordaje integral sin que la razón o causa directa del hecho victimizante termine siendo un condicionante.

por desaparecidas. De esta manera, incluso antes de que finalizara el proceso de negociación y firma del Acuerdo Final de Paz, esta función que sigue estando de forma concomitante con la Unidad de Búsqueda y la Fiscalía General de Colombia, fue encargada en ese momento a la Dirección de Víctimas, con el fin de imprimir ese carácter humanitario pro-víctima que se exigía desde la Mesa de Negociación. En desarrollo de esta tarea, la Dirección de Víctimas de la Fiscalía, en un lapso de seis meses, consolidó un equipo interdisciplinar que logró de forma eficaz la ubicación, exhumación e identificación de más de trecientos cuerpos y la ubicación de sus familiares para proceder a la entrega e inhumación en los términos de dignidad que merece todo ser humano.

Más recientemente, desde la firma del Acuerdo Final de Paz, el país cuenta con uno de los sistemas de justicia transicional más complejos y completos que se han creado a nivel internacional. El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y medidas de no Repetición (SIVJNR), conformado por la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP (componente judicial), la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición – CEV (componente extrajudicial) y la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas – UBDP (componente humanitario), constituye un sistema integral de justicia transicional que se construyó a partir de reconocer los errores y logros de los distintos sistemas transicionales que se han implementado en el mundo y, por supuesto, de la experiencia de Colombia en la materia. En este sistema se busca el reconocimiento y la reparación de las víctimas de una forma integral, entendiendo la importancia de unir los componentes de verdad y acciones humanitarias a la dimensión judicial y, de esta manera, avanzar hacia una paz que tenga a las víctimas como los actores centrales del proceso.

La implementación del SIVJNR y su pleno funcionamiento es un proceso largo y de altísima complejidad. Para lograr sus objetivos, además de tener que integrarse y coordinarse con los demás componentes del Acuerdo Final de Paz, el SIVJNR tiene que honrar su espíritu originario de reconocer los errores y logros de otras experiencias transicionales y de reparación a las víctimas. Desde este precepto nace justamente la necesidad del presente docu-

mento que más allá de ser un texto de rigurosidad académica y de análisis jurídico, busca identificar y relatar hitos y experiencias concretas que pueden ser de utilidad tanto para abordar los retos que tiene actualmente Colombia en la materia, como también para los esfuerzos que se hacen en otros países por avanzar hacia el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Estamos seguros de que volver a reflexionar sobre la trayectoria que hemos tenido como país contribuirá a seguir avanzando en ese anhelado reconocimiento y, en consecuencia, a continuar el obligatorio camino de la construcción de una paz justa, estable y duradera.

2. Principales marcos jurídicos para el reconocimiento de los derechos de las víctimas en Colombia: Ley de Desplazamiento Forzado (Ley 387 de 1997), Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011)

El caso colombiano se constituye en un verdadero laboratorio de creación de marcos jurídicos para el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Colombia ha hecho ingentes esfuerzos para crear diversos tipos de institucionalidad para que, en medio de un contexto de conflicto armado interno, se crearan mecanismos jurídicos que permitieran la búsqueda de la verdad, la justicia y la efectiva reparación de las víctimas. Los hitos históricos de este país, en un contexto de mayor o menor nivel de escalabilidad de las conflictividades, están todos regidos por el marco jurídico que se ha creado para la consecución del objetivo de la paz. Es así como la historia de Colombia puede ser leída desde sus distintas experiencias de justicia transicional, con sus logros y fracasos, que ha tenido como principal fortaleza la capacidad de ir aprendiendo de los errores cometidos e ir sumando en cada una de las leyes que se iban creando las distintas experiencias nacionales e internacionales en materia de justicia transicional.

Este carácter progresivo es un rasgo esencial de nuestra institucionalidad que debe ser reconocido; de ahí la necesidad de exponer en este artículo —de una forma sucinta y directa— las principales

características de algunos de los más importantes marcos jurídicos para la paz y señalar cómo estos han sido fundamentales para el reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano.

Así, en primer lugar, señalaremos los alcances que tuvo la novedosa Ley de Desplazamiento Forzado (Ley 387 de 1997). Los derechos de los desplazados por causa del conflicto interno comenzaron a ser reconocidos y abordados de manera más formal a partir de finales 1980 cuando, en medio de una escalada de la violencia debido al auge del fenómeno del narcotráfico que se constituyó en la principal fuente de financiación de grupos guerrilleros y paramilitares, se comenzó a reconocer al desplazamiento forzado como un rasgo diferencial del estatus de víctimas. En esa década no existía una legislación específica ni una política nacional dedicada al desplazamiento interno, por lo que eran tratados como víctimas de la violencia generalizada. Sin embargo, ante el aumento sistemático de los casos en las distintas zonas del país, comenzó a ser un imperativo la formulación de políticas públicas que pudiesen atender la llegada masiva de desplazados a las grandes ciudades.

Así, en medio de este complejo contexto, y en el marco de los principios de la constitución política de 1991, se promulgó la Ley 387 de 1997, más comúnmente conocida como Ley de Desplazamiento Forzado. Esta fue el primer marco legal integral que abordó la problemática del desplazamiento interno en Colombia contemplando las características propias de este fenómeno. A partir de su promulgación, se establecieron disposiciones para la protección, asistencia, reasentamiento, reintegración y prevención de este fenómeno.

Esta ley buscó abordar, mediante mecanismos judiciales y extrajudiciales, una de las manifestaciones de mayor complejidad del conflicto armado. La protección y atención de los derechos de los desplazados en Colombia requería de un enfoque integral y sostenido, incluyendo el acceso a la justicia, la restitución de tierras, las garantías de seguridad y la reparación de otros hechos victimizantes ligados al desplazamiento. Lo anterior debido a que, en la mayoría de los casos, quienes son víctimas del desplazamiento forzado fueron previamente objeto de

graves violaciones de sus derechos y garantías fundamentales, como desapariciones forzadas de sus familiares y amigos, reclutamiento forzado de sus hijos menores para incorporarlos en las filas de los grupos armados, amenazas, violencia sexual, tortura y homicidios. En definitiva, muchos de los desplazamientos masivos fueron precedidos de masacres y de conductas delictivas como las antes señaladas. Las comunidades rurales, los pueblos indígenas y afrodescendientes, así como los líderes sociales y defensores de los derechos humanos, son las poblaciones rurales que se encuentran en especial condición de vulnerabilidad para ser desplazadas de sus territorios en donde se desarrolla la mayor parte del conflicto.

Para abordar esta complejísima problemática, la Ley 387 de 1997 comenzó por definir jurídicamente el desplazamiento forzado como «el fenómeno que ocurre cuando una persona o grupo de personas se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia habitual, debido a violencia, violación masiva de derechos humanos, conflictos armados internos, violencia generalizada, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias que pongan en peligro su vida, libertad o seguridad». Para hacer frente a ello, la ley estableció medidas específicas de carácter humanitario y temporal para la protección y asistencia integral de las personas desplazadas, incluyendo la obligación del Estado de garantizarles el acceso efectivo a servicios básicos de salud, educación, vivienda y medios de subsistencia (promoviéndose la atención prioritaria a los niños, niñas, adolescentes, mujeres cabeza de familia, personas mayores y personas con discapacidad).

Como una de sus principales características, la citada Ley buscó garantizar el acceso de las víctimas del desplazamiento forzado a la justicia, reconociéndoles el derecho a la reparación por los daños sufridos y exigiendo a la institucionalidad el reconocimiento efectivo de sus derechos. En consecuencia, se promovieron medidas tales como la atención prioritaria en los sistemas judiciales y la provisión de asesoría legal gratuita. Acompañando a esto, y como una medida real de reparación y restauración de los derechos, trae disposiciones tendentes a la restitución de tierras para las personas desplazadas que habían sido despojadas por los grupos armados.

Otro elemento central de esta ley fue exigir la creación de mecanismos de reasentamiento y la reintegración de las personas desplazadas en condiciones dignas y seguras. Esto implicaba acciones para promover su retorno voluntario a los lugares de origen, así como también su integración en lugares de destino o inclusive la reubicación en otros lugares dentro del territorio colombiano. Paralelamente, se establecieron medidas para la prevención del desplazamiento forzado, planteando como principales estrategias la promoción de políticas de desarrollo rural, restitución de tierras y acceso a la justicia para las víctimas del desplazamiento. Finalmente, es importante reseñar que la ley exigía, como uno de sus pilares centrales, la promoción de la participación de las comunidades desplazadas en los procesos de política pública dirigidos a su protección y atención. De esta manera, se contemplaron mecanismos de participación y consulta de las víctimas en la elaboración de planes y políticas públicas relacionadas con el desplazamiento forzado.

Así, la Ley 387/97 diseñó la respuesta institucional del Estado, asignando responsabilidades específicas a entidades estatales y creando nuevas figuras institucionales como el Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada. Además, se establecieron órganos como el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia (SNARIV) para coordinar políticas y programas a nivel nacional y local. Este sistema tuvo como objetivo principal garantizar el acceso de esta población a servicios básicos, asistencia humanitaria, atención en salud y programas de prevención, entre otros. De acuerdo con los principios de la Ley, se planteó que sus acciones debían implementarse desde un enfoque diferencial que tomara en consideración las características específicas de la población desplazada, como género, edad, etnia y condiciones socioculturales, con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos y mejorar la calidad de la atención brindada. Algunos de los principales resultados del SNARIV fueron, por ejemplo, la implementación del Programa Especial de Crédito para Desplazados.

Ahora, si bien la Ley 387 fue un paso trascendental para el reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas, siendo incluso actualmente un referente normativo a nivel internacional en el ámbito

de los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado, también hay que decir que tuvo grandes dificultades para su plena implementación y para el cumplimiento de sus objetivos. Por un lado, es preciso indicar que su promulgación y ejecución coincidió con uno de los momentos de mayor escalada del conflicto armado interno: fue un período con altos niveles de desplazamiento forzado, secuestros, acciones militares, intentos de negociación de paz (como el frustrado Proceso de Negociación del Caguán entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC—EP) y violaciones generalizadas de derechos humanos por parte de todos los actores armados. Específicamente, sobre los casos de desplazamiento forzado, según datos de la Unidad para las Víctimas, se estima que en este periodo hubo al menos 2,5 millones desplazados internos; siendo así uno de los años con las mayores cifras de este hecho victimizante.

Por otro lado, el Estado colombiano no implementó de manera efectiva esta Ley en todas las regiones del país, dejando a muchas víctimas sin acceso a la protección y asistencia que requerían. Así, a pesar de que esta incluía disposiciones específicas para la restitución de tierras, este proceso fue sumamente lento y complejo en la práctica. Un altísimo número de víctimas encontraron obstáculos para reclamar y recuperar sus tierras, incluyendo la falta de seguridad jurídica, la presencia de actores armados ilegales y la corrupción en los procesos de restitución. A todo ello se sumó la falta de información y recursos para garantizar un proceso participativo y de calidad, así como también las amenazas e intimidación por parte de actores armados ilegales. Al final, el número de personas desplazadas superó ostensiblemente la capacidad institucional de respuesta por parte del Estado colombiano.

En conclusión, aunque la Ley estableció un marco jurídico idóneo para el reconocimiento de los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado, abordar este fenómeno implicaba necesariamente enfrentar las causas profundas de las violencias, a la vez que exigía al Estado la capacidad de construir un sistema de justicia fuerte y eficaz que fuera garante y protector de las víctimas. Es necesario reconocer los principios normativos que planteó la Ley 387 y, al mismo tiempo, identificar las lecciones sobre la dificultad que tiene llevar a la práctica un marco jurí-

dico como este en un contexto de alta conflictividad como el que ha caracterizado a Colombia. Esta Ley, por ejemplo, significó uno de los primeros avances prácticos en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas desplazadas a acceder a programas estatales especiales, enfatizando que este reconocimiento se basa en condiciones materiales y no solo en trámites legales. Asimismo, dicha Ley evidenció la necesidad de que el diseño de instrumentos legales y de política pública contemplasen una respuesta coordinada y efectiva entre las distintas instituciones. Sobre todo, la Ley evidenció la tensión fáctica que existe entre los principios y las prácticas, entre el deber normativo y las realidades sociales, entre las acciones de corte asistencialista y políticas de reparación integral en medio del conflicto; en definitiva, en cómo avanzar hacia el reconocimiento de derechos en medio de un contexto de violación sistemática de los derechos humanos.

Otro marco jurídico que significó un hito para la historia del país fue la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), ya que en ella se construyó el primer andamiaje formal de justicia transicional restaurativa que se implementó en Colombia. Al respecto, se podría resumir que la Ley de Justicia y Paz fue diseñada para proporcionar un marco legal que permitiera la desmovilización de los grupos paramilitares, específicamente de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)⁵, mediante beneficios administrativos y judiciales, y así favorecer su reinserción a la vida civil.

El primer antecedente directo de la Ley de Justicia y Paz fue la expedición del Decreto 128 de 2003, mediante el cual el Gobierno de Colombia buscó establecer un procedimiento administrativo que facilitara beneficios judiciales para aquellos miembros de grupos paramilitares desmovilizados que estuviesen siendo procesados o condenados por delitos de tipo amnistiable o indultable. Así, al no estar involucrados

5 Los paramilitares fueron grupos armados que surgieron principalmente en la década de 1980 como respuesta al avance militar de la guerrilla en distintas zonas del país. Estos grupos, en su lucha contrainsurgente, se involucraron en actividades ilegales como el narcotráfico y la violación sistemática de los derechos humanos. Investigaciones académicas y judiciales han comprobado la estrecha relación que hubo entre estos grupos armados y el Estado colombiano (incluyendo políticos, militares y fuerzas de seguridad). Se ha podido comprobar que estos vínculos incluyeron colaboraciones estrechas en operaciones militares conjuntas, suministro de información y armas, así como también financiamiento.

los desmovilizados en delitos más allá de la asociación delictiva o el porte ilegal de armas, se decidió conceder un beneficio jurídico de suspensión individual de los procedimientos judiciales a cerca de 30.000 paramilitares que se habían desmovilizado, sin que estos tuviesen la obligación de someterse a algún tipo de juicio en razón de sus responsabilidades penales, como tampoco la obligación de desarrollar acciones restaurativas para la satisfacción de los derechos de sus víctimas. Este Decreto enfrentó acciones de nulidad⁶, cuya crítica central fue el otorgamiento de amnistías generalizadas incluso a aquellas personas que podían estar involucradas en graves violaciones de los derechos humanos y que, por las dificultades del sistema judicial colombiano, podían no estar siendo plenamente identificadas. Por ello, un perdón generalizado ausente de un componente judicial era claramente incompatible con lo reglamentado por el derecho internacional de los derechos humanos; así se estaban vulnerando tanto los derechos de las víctimas y se estaba sentado un precedente contrario a la obligatoriedad del componente judicial y rendición de cuentas por parte de los victimarios⁷.

Partiendo de este complejo antecedente y en medio de un proceso de negociación entre el Gobierno de Colombia y las AUC para lograr una desmovilización total de sus estructuras armadas, se promulgó la Ley 975 de 2005, en donde fundamentalmente se buscaba establecer algún tipo de verdad procesal que permitiera jurídicamente el otorgamiento de beneficios penales y administrativos a los responsables de delitos de lesa humanidad que no podían acogerse a lo reglamentado en el Decreto 128 de 2003. Desde el Gobierno Nacional se aseguró que la Ley 975 sería el mecanismo jurídico que permitiría poner fin a las estructuras paramilitares que desde su creación habían cometido sistemáticamente crímenes de lesa humanidad y graves infracciones del derecho internacional humanitario.

6 Al declararse inexecutable, y en miras de resolver la situación jurídica de los miembros rasos (sin mayor poder de mando) de los grupos paramilitares desmovilizados, se expidió la Ley 1424 de 2010. Los paramilitares con poder de mando, así como también aquellos que habían cometido crímenes graves no amnistiables ni tampoco indultables, se tendrían que acoger posteriormente a la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz).

7 Comisión Colombiana de Juristas (2007). *Anotaciones sobre la Ley de "justicia y paz". Una mirada desde los derechos de las víctimas*. Opciones Gráficas Editores. Bogotá.

Jurídicamente esta Ley funcionaba bajo el principio de alternatividad penal en donde, a partir de un listado de beneficiarios que establecía el Gobierno de Colombia en correspondencia con los datos entregados en el proceso de desmovilización de las AUC, era posible beneficiarse de una sustitución punitiva si se cumplía el requisito de elegibilidad determinado (que los delitos cometidos hubiesen sido, durante y debido a, su accionar como miembro de una estructura armada de las AUC). Esto hacía que aquellos que habían cometido crímenes no amnistiables tuvieran una reducción significativa de su pena privativa de libertad y, en definitiva, lograsen una sustitución de sus penas ordinarias por unas nuevas penas alternativas. En su condición de beneficiarios, las personas acogidas a la Ley de Justicia y Paz tenían la obligación de contribuir a la justicia, la reparación y la reconciliación mediante testimonios en audiencia donde confesaran los crímenes cometidos y se narrara la verdad sobre el por qué y el cómo de lo sucedido, para así, por ejemplo, facilitar la búsqueda e identificación de las personas dadas por desaparecidas⁸.

Expedida la normativa, la Corte Constitucional de Colombia examinó las demandas de inconstitucionalidad que recibió la Ley 975, llevando a que esta declarara como inconstitucional algunas disposiciones y se condicionaran otras para su efectiva eje-

8 Se podría resumir así el modelo de alternatividad penal: había una desmovilización que bien podría ser individual o colectiva; el Ministerio de Justicia y del Derecho solicita a la Fiscalía General de la Nación que se vincule al desmovilizado al procedimiento penal especial de Justicia y Paz (postulación); sucede la Audiencia formal de imputación en donde la Fiscalía comunica al postulado que se abre una investigación de su participación en determinados hechos delictivos; sucede la etapa de investigación y verificación de la Fiscalía para corroborar los hechos confesados en versiones libres y hacer las investigaciones pertinentes de posibles hechos delictivos adicionales; se da la Audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos por parte de la Fiscalía, posibilitando que el postulado acepte o no los cargos y posteriormente el magistrado de conocimiento dictamina la legalidad de los cargos aceptados; finalmente, los magistrados de la sala de Justicia y Paz profieren sentencia sobre la responsabilidad penal del postulado y dictamina las medidas de reparación de las víctimas; efectivización de la pena alternativa (podría ser entre 5 y 8 años de privación de libertad). Una vez cumplida esta pena alternativa se podía acceder, previa verificación judicial, a la libertad a prueba. Si el postulado incumplía en ese periodo sus obligaciones —por ejemplo, delinquir—, se le aplica la sanción ordinaria. Para conocer más sobre los mecanismos jurídicos de Justicia y Paz, ver: Ministerio de Justicia y del Derecho (2015). *La Ley de Justicia y Paz y el Regreso a la Vida Civil: Régimen de libertades, resocialización y reintegración de personas postuladas*. Bogotá.

cución. El fallo de la Corte exigió la priorización de la protección de los derechos de las víctimas para que, de forma efectiva, las penas alternativas de los victimarios solo pudiesen ser otorgadas previa contribución a la verdad, la justicia y la reparación de sus víctimas.

La Ley de Justicia y Paz, más allá de las críticas formales y de principios a la que puede estar sujeta, incorporó por primera vez al marco jurídico colombiano un andamiaje formal de justicia transicional. Esto, en tanto que la ley fue construida para abordar administrativa y jurídicamente los crímenes cometidos durante el conflicto armado, perpetrados por las estructuras armadas de las AUC, desde una perspectiva restaurativa que buscaba un equilibrio entre la búsqueda de la verdad histórica y judicial, a la vez que se dieron garantías de justicia, reparación y no repetición de los hechos victimizantes. En las confesiones de los miembros de los grupos paramilitares se pretendía la identificación de víctimas, la entrega de aquellos bienes adquiridos de forma ilegal y la revelación de las estructuras y operaciones de los grupos armados. Así, aquellos que cumplieran los requisitos de elegibilidad podían acceder a los beneficios de reducciones sustanciales de las penas privativas de la libertad y aquellos que incumpliesen lo dispuesto por la ley se enfrentaban a sanciones ordinarias. Como mecanismos de reparación efectiva de las víctimas se establecieron, entre otros, compensaciones económicas, medidas de rehabilitación y atención psicosocial, restitución de tierras, garantías de no repetición y una versión libre por parte del victimario para el esclarecimiento del hecho victimizante⁹.

Aunque la Ley de Justicia y Paz es un antecedente de justicia transicional de especial valor, las deficiencias en la reparación efectiva de las víctimas y su falta de participación en los procesos judiciales y

de construcción de paz, entre otros elementos, eran deudas que debían ser urgentemente asumidas por el Estado Colombiano. Así, y como antesala del proceso de negociación que iba a comenzar entre el Gobierno Nacional y la ahora extinta guerrilla de las FARC-EP, en junio de 2011 el entonces presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, promulgó la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011), la cual es una de las más importantes normativas a nivel nacional y referente internacional para la atención, asistencia y reparación integral de víctimas del conflicto armado interno. Por primera vez, a través de esta ley, se hace un reconocimiento oficial por parte del Estado colombiano de la existencia de un conflicto armado interno (y no únicamente una situación de terrorismo o de violencia generalizada), la cual buscó establecer un marco legal para el reconocimiento de los derechos de las víctimas, más allá de quién había sido su victimario, como acreedoras de una reparación integral.

La Ley de Víctimas que se redactó con una vigencia inicial de diez años (2011-2021), y recientemente fue prorrogada por diez años más (2031). Se compone de 208 artículos, organizados en 9 títulos que exponen principalmente: los aspectos generales de la normativa; especifica cuáles son los derechos de las víctimas en los procesos judiciales; dictamina las medidas administrativas de asistencia a las víctimas; expone los lineamientos para la atención, ayuda humanitaria y reparación de las víctimas; el proceso administrativo y judicial a seguir para la implementación de la política pública de restitución de tierras; las medidas y programas a implementar para la protección y garantía de la vida de las víctimas; y señala los mecanismos de participación de las víctimas que deben acompañar la implementación de la normativa.

Asimismo, estableció la creación de varias entidades estatales en miras a garantizar, administrativamente, el reparto de roles y funciones para la implementación efectiva de todo su articulado. Por mencionar algunas, la Unidad para las Víctimas es la encargada de coordinar y ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos específicos para la atención y reparación integral de las víctimas. Dicha Unidad tiene como principales funciones el brindar una atención humanitaria y asistencia psicosocial y coordinar las

9 Para conocer más sobre los incidentes de reparación integral ver: Ley 1592 de 2012, "por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios y se dictan otras disposiciones". Así como también la sentencia C-180 de 2014 de la Corte Constitucional que busca tramitar el incidente de reparación integral de las víctimas a la Constitución y a las normas del bloque de constitucionalidad.

indemnizaciones en los términos establecidos. De otra parte, es la responsable institucional de mantener actualizado un Registro Único de las Víctimas (RUV) del conflicto armado en Colombia, sistema de información con carácter diferencial de casos victimizantes, el cual ha permitido al Estado identificar a las personas y comunidades víctimas del conflicto armado; igualmente se constituye en una herramienta de control y seguimiento de las ayudas y proyectos diseñados para tal fin. La Unidad de Víctimas, además de administrar el RUV, presta un servicio de atención y asistencia a las víctimas, para lo cual se articula con otras entidades del Estado, encargadas de asistir en temas de salud, educación, vivienda etc.

La segunda entidad creada fue la Unidad de Restitución de Tierras (URT), que tiene como función principal el liderar la política nacional de restitución de tierras, tanto a título individual como colectivo, de todas aquellas víctimas que fueron despojadas de sus tierras o que tuvieron que desplazarse forzosamente por causa del conflicto armado. Desde su creación, la URT trabaja en la identificación, reclamo y restitución de las tierras a los considerados legítimos propietarios a la vez que implementa políticas para la mejora de la situación socioeconómica de las víctimas que retornan a sus territorios o que se acogen a procesos de reubicación.

Una tercera entidad creada por la Ley de Víctimas fue el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), que tuvo como principal objetivo contribuir a la construcción de la memoria histórica del conflicto armado en Colombia, así como también a la promoción del derecho a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas¹⁰. Desde el CNMH se ha documentado y analizado los impactos del conflicto armado, promoviendo reflexiones públicas sobre sus causas y consecuencias a través de la elaboración de informes,

10 El CNMH tuvo un rol muy importante en materia de reparación de las víctimas. Por ejemplo, una vez que el desmovilizado recibiera los beneficios jurídicos, tenía la obligación de contribuir en el mecanismo no judicial de contribución a la verdad, la memoria histórica y la reparación del CNMH. La aportación de la verdad se convertía en un requisito para la acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
Para conocer más sobre el rol del CNMH, ver: Ministerio de Justicia y del Derecho (2015). *Fundamentos Jurídicos para entender y aplicar la Ley 1424 de 2010 como un mecanismo de justicia transicional*. Bogotá.

investigaciones y publicaciones académicas; al respecto se podría reseñar el Informe “¡Basta Ya! Memorias de guerra y dignidad” que proporciona una visión integral de la magnitud del conflicto armado, la diversidad de actores involucrados, las dinámicas sistémicas del conflicto y los efectos devastadores de la violencia¹¹. Evidentemente, el CNMH ha jugado un rol fundamental para el reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano y su labor es decisiva en los procesos de construcción de memoria como presupuesto imprescindible de la paz en los territorios¹².

Frente a las medidas de asistencia, atención y reparación integral, la normativa indica que las víctimas que estén inscritas en el RUV deben ser atendidas desde un enfoque humanitario de desarrollo y seguridad humana. Además, las acciones a realizar deben contribuir a cambiar las condiciones previas que contribuyeron de forma directa al hecho victimizante. Es decir, no basta con una reparación concreta, sino que esta debe tener un alcance transformador sobre el contexto en donde se desarrolló el hecho victimizante. Entre las medidas de reparación individual y colectiva se contemplan: las medidas de asistencia y atención de carácter humanitario para la asistencia en salud, educación y asistencia funeraria; también las medidas de estabilización socioeconómica que favorecen un acceso y mejora de las condiciones de empleo de las víctimas; y las medidas de reparación integral, entre las que se encuentran la restitución de tierras, restitución de vivienda, indemnizaciones económicas, medidas de rehabilitación y satisfacción, así como también medidas de prevención y garantías de no repetición.

Finalmente, es importante reseñar que esta Ley, a diferencia de otras normativas expedidas hasta ese momento, garantiza la participación efectiva de las víctimas en las políticas públicas, proyectos y planes en materia de construcción de paz. Así, la ley dispuso la creación de mesas de carácter descentralizado integradas por representantes de las organizaciones de víctimas y de la sociedad civil que trabajan por la defensa de los derechos humanos. Para

11 Para conocer el Informe, ver: <https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/index.html>

12 Para conocer más sobre las labores del CNMH, ver: <https://centrodememoriahistorica.gov.co/>

garantizar su participación en los ciclos de política pública, se instalaron Mesas Territoriales que velan por los intereses de las víctimas ante las decisiones de las autoridades gubernamentales, como también ejercen el monitoreo y seguimiento de las políticas públicas en materia de paz.

A partir de la exposición que se ha hecho de estos tres marcos normativos es posible afirmar que en Colombia ha existido un esfuerzo permanente por parte de la institucionalidad y de la sociedad civil por comprender que la construcción de la paz pasa necesariamente por avanzar en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y garantizar su reparación integral. Así, a pesar de que cada uno de estos marcos normativos tiene objetivos distintos, diferentes ámbitos de aplicación y resultados dispares (algunos han logrado ser más garantes de los derechos de las víctimas que otros), cabe denotar que existe una trayectoria normativa en donde cada ley ha podido ir recogiendo las lecciones y aprendizajes de sus antecesoras. Sin lugar a duda, la Ley de Desplazamiento Forzado fue un primer avance significativo hacia el reconocimiento de los derechos de las víctimas de este crimen y un primer intento por establecer medidas para su protección y asistencia integral; sus lineamientos siguen siendo vigentes en el ámbito jurídico y político y, por ello, podemos hablar de una normativa referente en materia de desplazamiento forzado. Incluso dentro del articulado de la Ley de Justicia y Paz, los lineamientos en materia de reparación de víctimas de desplazamiento sobreviven el espíritu de lo contemplado en la Ley de Desplazamiento Forzado. Asimismo, el Registro Único de Víctimas administrado por la Unidad de Víctimas fue la base primaria para integrar, en un solo sistema de información de datos, el universo de víctimas del conflicto armado.

3. La experiencia de los Centros de Atención Penal Integral a Víctimas (CAPIV): una atención integral e interinstitucional para la garantía de los derechos de las víctimas

En Colombia, a la vez que se creaban marcos normativos para el reconocimiento de los derechos de

las víctimas, desde el interior de la institucionalidad pública se han ido configurando distintos tipos de unidades, direcciones y centros especializados en materia de atención y reparación a las víctimas del conflicto armado. Este andamiaje institucional es complejo y diverso; algunos centros se constituyeron en razón de las leyes anteriormente descritas y otros, como es el caso de los Centros de Atención Penal Integral a Víctimas (CAPIV) dependientes de la Fiscalía General de la Nación, fueron resultado de políticas y decisiones internas de la institución para poder avanzar hacia el cumplimiento de sus mandatos de garantía de los derechos de las víctimas del delito.

De acuerdo a su mandato constitucional, la Fiscalía General de la Nación desde el primer momento en que tiene conocimiento de un hecho punitivo tiene la obligación de garantizar a las víctimas —cualquiera que sea el tipo de delito— el derecho al acceso a la justicia, la orientación, el asesoramiento jurídico y asistencia técnica legal gratuita e inmediata; todo ello, desde el respeto de la autonomía de los individuos y garantizando un trato digno de las víctimas antes, durante y después de la actuación procesal. Asimismo, independientemente del tipo de comportamiento ilícito del cual fuera objeto, la Fiscalía tiene el mandato de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas víctimas del delito, en especial de aquellas que están en situación de vulnerabilidad, además de implementar criterios de atención diferencial en tanto que es una medida de protección y promoción de los derechos humanos. Esto implica, en la práctica, que en el momento de recibir una denuncia y darle trámite legal, la Fiscalía debe tener en consideración: primero, las características particulares de la víctima; segundo, los tipos de actos de violencia de los cuales fueron objeto las víctimas; tercero, la gravedad de los efectos que provocó el hecho victimizante; y cuarto, una valoración de la adopción de medidas inmediatas de protección, de estabilización y la referenciación o derivación, como un ejercicio material y formal para el restablecimiento de los derechos de la víctima.

Asimismo, es importante señalar que, para poder cumplir estos mandatos, necesariamente debe haber una clara vinculación y articulación entre la Fiscalía y las administraciones del orden local, departamental y nacional, así como también con la Fuerza

Pública y autoridades comunitarias. Esta articulación debe estar orientada siempre a proteger la vida y los bienes de la ciudadanía, respetando y cumpliendo la Carta Internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y todos aquellos tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado colombiano.

A partir de estas consideraciones, y en línea con la transformación de la estructura institucional y de enfoques que tuvo la Fiscalía entre los años 2012 y 2014¹³ (donde, por ejemplo, se incorporó como eje central de sus actuaciones el enfoque de género y el enfoque diferencial en la administración de justicia y la atención de las víctimas), esta evidenció la necesidad de crear un modelo de atención que pudiera incorporar los criterios de atención diferenciada como una garantía real del derecho de acceso a la justicia. También se determinó la urgencia de desarrollar un modelo de atención a víctimas que pudiera articular competencias que, por mandato legal y constitucional, cumplen distintas entidades del Estado; la articulación de competencias permite una simplificación de trámites y gestiones, a la vez que optimiza los recursos públicos de tipo humano y económico. Además, una acción articulada interinstitucionalmente disminuye el maltrato institucional y/o la doble victimización que afecta especialmente a las niñas, niños, adolescentes y mujeres, ya que se simplifican los procesos, siendo estos más rápidos y efectivos.

Así, mediante el Decreto-Ley 016 de 2014 se conformó la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios (SNAVU), a quien se atribuyó la función de materializar los principios y postulados que corresponden a la protección y garantía de los derechos de las víctimas del delito como parte esencial del derecho de acceso a la administración de justicia. Al momento de su creación, esta Subdirección identificó varios aspectos que debían ser fortalecidos dentro de la Entidad con el objetivo de brindar una atención integral a las víctimas, teniendo como referencia lo dispuesto por la política pública y las directrices institucionales en materia de atención al ciudadano.

Entre los aspectos identificados por la SNAVU, varios de ellos, relacionados entre sí, fueron: 1. Falta de confianza y credibilidad en la Fiscalía por parte de la sociedad y grupos poblacionales específicos; 2. Una falta de articulación entre las instituciones competentes en la garantía y protección de los derechos de la población víctima del delito, lo cual promueve, entre otros, el llamado “pimponeo” institucional y sus consecuentes procesos de revictimización (las víctimas tienen que trasladarse de una institución a otra en búsqueda de quién asume su caso); 3. La existencia de diversos modelos de atención especializados dentro de la Fiscalía que, por sus especificidad, solo pueden recibir denuncias para unos delitos particulares, lo cual, nuevamente, promueve el “pimponeo” institucional, en este caso, en el interior de la entidad; 4. Se identificó la importancia de generar estrategias en las que fuera la misma institución la que, por medio de procesos de coordinación internos, realizara las respectivas acciones para clasificar y asignar las denuncias, sin importar el lugar en donde ocurrieron los hechos ni el marco jurídico que los cobija; es la Fiscalía quien tiene la obligación de recibirlos y clasificarlos y no las víctimas de los delitos; 5. Existen conductas, como la violencia intrafamiliar y los delitos sexuales, cuya complejidad y nivel de afectación que produce en la víctima requieren de personal especializado y capacitado para brindar una adecuada atención, incluyendo la recepción misma de la denuncia; 6. La importancia de contar con una infraestructura física que reúna las condiciones mínimas para brindar una atención digna a las víctimas y usuarios, incluyendo accesibilidad para personas en condición de discapacidad, niños que puedan ingresar a estos espacios, adultos mayores, entre otros, obligaba a la Fiscalía a diseñar una estructura física con lugares ventilados, iluminados, con amplias salas de espera, espacios individualizados y privados para la orientación y la recepción de las denuncias, así como salas especializadas para la atención y guarda de niñas y niños acompañantes y madres lactantes, entre otros.

A partir de este análisis y de un estudio del estado del arte de cómo se atendían a las víctimas de delitos y a los usuarios de la Fiscalía, se emite la Resolución 1948 de 2014 y se encarga a la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usua-

13 Decreto-Ley 016 de 2014 por medio el cual se “modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”.

rios (SNAVU) realizar el diseño para la creación de los Centros de Atención Penal Integral a Víctimas (CAPIV). Esta tarea significó un cambio de paradigma en la importante función de ser la puerta de entrada a la administración de la justicia penal de las víctimas de los delitos. Todo ello da nacimiento a un nuevo modelo de atención en los siguientes términos: (i). Infraestructura física que permita brindar una atención en términos de dignidad a toda persona que llegue solicitando el servicio; (ii). Un abordaje interdisciplinario e interinstitucional que garantice el apoyo psicosocial y legal en un único lugar; (iii). Intervención de acuerdo con las circunstancias particulares del delito y las características individuales, contextos y condiciones socioculturales de las víctimas, todo en una perspectiva de prevención, protección, restablecimiento y garantía de los derechos de la población; (iv). Abordaje integral, para lo cual resulta necesario la presencia física y la intervención de otras instituciones estatales para abordar todos aquellos aspectos que, sin ser competencia directa del ente investigador, sí son parte intrínseca de la víctima (pobreza, todo tipo de violencias y discriminación etc.), lo cual hace que su situación la ponga en una condición de vulnerabilidad frente a los victimarios y pueda ser objeto de nuevas victimizaciones¹⁴.

Así, el objetivo fundamental de los CAPIV es proporcionar, en un único lugar, una atención completa, integral y especializada a las víctimas del delito, con un enfoque inicial en la orientación y recepción de denuncias, para así garantizar la confianza, celeridad y eficacia del sistema. Este enfoque se basa en un modelo interdisciplinario que no solo busca comprender el fenómeno victimizante, sino que también pretende abordarlo desde una perspectiva de trabajo interdisciplinar a través de una intervención conjunta de la institucionalidad, en línea con los principios de enfoque diferencial, integralidad y corresponsabilidad establecidos en la legislación y la jurisprudencia colombiana, pero que, para ese mo-

mento, y aún en la actualidad, resultan distantes de su cumplimiento.

Otro aspecto importante a considerar en este modelo es el fortalecimiento y la capacitación de los funcionarios judiciales que participan en el proceso, orientadores, receptores de denuncias y policía judicial, entendiendo que aquellos funcionarios que trabajan de manera directa con el dolor y el sufrimiento de las víctimas deben tener un entrenamiento especial para que puedan prestar un servicio en términos de calidad y consecuente con los puntos antes mencionados, pero también en consideración al grado de afectación que pueden tener estos funcionarios, lo cual no debe dejarse como un tema de poca monta.

Ante la perspectiva de descentralización y la diversidad étnica y cultural que caracteriza a Colombia, se decidió crear los CAPIV en zonas estratégicas de cada región, con el propósito de garantizar el acceso al servicio de justicia, en especial en poblaciones en condición de vulnerabilidad y/o azotadas por el conflicto y la violencia. Se avanzó únicamente en dos zonas: una fue Tumaco (puerto del pacífico colombiano caracterizado por la confluencia de factores de criminalidad, conflicto armado y aunado a las discriminaciones raciales) y la otra zona fue Amazonas (confluyen factores étnicos, pueblos indígenas y con factores de criminalidad transfronterizo).

El desarrollo del modelo y el eficaz funcionamiento de los CAPIV está definido en tres principios fundamentales: 1. Garantizar la atención a población víctima de cualquier delito; 2. Realizar un abordaje integral e interinstitucional; 3. Asegurar infraestructuras físicas adecuadas.

1. Garantizar la atención a población víctima de cualquier delito: Los modelos tradicionales de justicia suponen que la población debe conocer de antemano la tipificación del delito del que fue víctima y quién debe dirigirse a diferentes centros de atención y zonas de la ciudad con el fin de ser atendida, y así acceder a la administración de justicia. Esta situación genera procesos de revictimización y, en consecuencia, contribuye a la pérdida de la confianza por parte de la ciudadanía hacia la institucionalidad y la justicia misma. Retomando estas

14 Dentro de estas condiciones de vulnerabilidad hacia el delito ordinario, en muchos casos, estaba la previa condición de víctima del conflicto armado, por ejemplo, mediante el desplazamiento forzado. Esto hace que la atención integral de los CAPIV también se relacionara con estrategias generales del Estado en materia de reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado.

lecciones aprendidas, los CAPIV buscan que la población víctima de cualquier delito reciba una atención integral y que las gestiones internas para desarrollar las acciones del caso sean tarea de la Fiscalía y no de la ciudadanía. Estas acciones deberán desarrollarse en el interior de este CAPIV, coordinando con otras dependencias o instituciones del Estado. El principal objetivo es atender a la víctima de forma inmediata, independientemente del delito y del lugar de ocurrencia.

2. Realizar un abordaje integral e interinstitucional: Los CAPIV pretenden brindar una atención integral a todas las víctimas, y para ello, tienen en cuenta las particularidades tanto del fenómeno delictivo como de la víctima. En este sentido, los centros están integrados por equipos interdisciplinarios e interinstitucionales que brindan atención y orientación en asuntos médicos, legales, psicológicos y psicosociales, así como también sobre la oferta de asistencia social del Estado. Ahora, para el caso el CAPIV Bogotá, se constituyó un Grupo Élite de Delitos Sexuales (GEDES), un grupo especial para abordar la atención e investigación de casos de personas agredidas con agentes químicos, y un fiscal destacado para el Mecanismo de Búsqueda Urgente (MBU) de personas dadas por desaparecidas. Con los CAPIV, la Fiscalía buscó involucrar a otras instituciones del Estado a que participaran e hicieran presencia institucional en sus centros de atención, con el objetivo de prestar un servicio integral a las víctimas de diversas manifestaciones de violencia; ello respetando las competencias legales de cada entidad en materia de amparo y protección de los derechos fundamentales de las víctimas. Así, se desarrollaron alianzas estratégicas con entidades como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las Comisarias de Familia, Medicina Legal, Secretarías de Integración Social y Defensoría del Pueblo, entre otros.
3. Asegurar infraestructuras físicas adecuadas: El CONPES 3649 de Política Nacional de Servicio al Ciudadano señala la importancia de los espacios y condiciones físicas para una adecuada atención al ciudadano. Es así como se afirma que una de las falencias identificadas en

las entidades públicas es que “la actividad se adapta al área que destinan a la misma y no al contrario, que los espacios se adapten a la tarea a desarrollar en los mismos”. No es posible implementar un modelo como el CAPIV sin unos espacios e instalaciones físicas consecuentes con el trato digno que debe tener cualquier ciudadano. Así, los CAPIV cuentan con oficinas individuales que permiten la absoluta privacidad de los funcionarios judiciales y su equipo de trabajo. Asimismo, existen consultorios médicos, salas de entrevistas, cámaras Gesell, guardería, salas de espera, cubículos orientadores y receptores de denuncia y baños diferenciados. Además de los equipos de trabajo de las entidades presentes en los CAPIV, también se cuenta con psicólogos, trabajadores sociales y defensores de familia que están disponibles para atender cualquier necesidad que tenga la víctima que acude al centro.

La ruta de actuación de los CAPIV se activa cuando el ciudadano acude a sus instalaciones para poner en conocimiento, de forma verbal, la ocurrencia de un delito. En primer lugar, se hace la identificación del hecho y el posible servicio que se puede poner a disposición, para así determinar de forma rápida si la persona debe ser direccionada a otras instituciones dentro o fuera del CAPIV, o si debe ser remitida a un orientador o fiscal encargado del Mecanismo de Búsqueda Urgente, si se trata de una desaparición de persona (MBU). Por ejemplo, si la víctima debe ser remitida al MBU, las autoridades judiciales deben realizar de forma inmediata todas las diligencias necesarias para la localización de la persona presuntamente desaparecida y así implementar los protocolos de prevención de desaparición forzada.

Si se recibe una llamada de urgencia por la ocurrencia de un delito sexual, donde se tiene como autor un agresor desconocido, se pone en marcha el Grupo Élite de Delitos Sexuales (GEDES), cuyo modelo de investigación es de reacción inmediata y busca dar respuesta urgente en un término de 72 horas. El equipo de trabajo GEDES consta de investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía (CTI) y la Seccional de Investigación Judicial y Criminal de la Policía Nacional (SIJIN), quienes tienen formación especializada en la atención e investigación en este tipo de delitos. El GEDES cuenta con una

patrulla que se dirige al lugar donde se encuentra la víctima y realiza las actividades necesarias para la investigación del crimen como el rastreo, preservación de las evidencias, y recepción de testimonios, entre otras. Este mismo procedimiento también se aplica para los casos de víctimas por agresión con agentes químicos y/o sustancias corrosivas.

Este modelo de justicia mereció en el año 2015 el reconocimiento de honor de la Función Pública dentro del Premio Nacional de Alta Gerencia otorgado por el Gobierno Nacional, reconocimiento firmado y entregado por el entonces presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón. Hoy en día, el modelo CAPIV ha sido debilitado y no funciona de acuerdo con los principios que dieron su origen, debido a la falta de continuidad en los procesos a causa de los cambios administrativos.

4. El Plan Nacional de Búsqueda de la Fiscalía General de la Nación: la búsqueda de personas dadas por desaparecidas como una acción de garantía de los derechos de las víctimas

El 17 de octubre de 2015, desde la Mesa de Conversaciones entre el Gobierno de Colombia y la extinta guerrilla de las FARC-EP, se emitió el Comunicado N°. 62, el cual hace referencia a la necesidad de implementar de forma urgente «medidas inmediatas humanitarias de búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado interno, que se desarrollarán en el marco del proceso de construcción de confianza»¹⁵. Para tal fin, se señaló de manera expresa que esta tarea tendría que estar a cargo de la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas y Usuarios de la Fiscalía General de la Nación, en coordinación con el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Así, en el marco de los diálogos de paz, el Comunicado N°. 62 tenía una finalidad exclusivamente humanitaria y de construcción de confianza, ya que planteaba, como un imperativo para el desa-

rollo de las conversaciones de paz, tomar acciones concretas que contribuyeran aliviar el sufrimiento de los familiares de las víctimas de desaparición forzada, reconociendo y satisfaciendo sus derechos.

Para la implementación del Comunicado N°. 62, la Fiscalía General de la Nación diseñó el Plan Nacional de Búsqueda, estructurado en cuatro fases: (1) Recolección de información: consiste en la recopilación de documentación, testimonios y toda información indispensable para garantizar la eficacia de las acciones de búsqueda de las personas dadas por desaparecidas; (2) Análisis y verificación de la información: se implementan acciones para el desarrollo de las investigaciones y puesta en marcha del Mecanismo de Búsqueda Urgente; (3) Recuperación de estudios técnico-científicos e identificación de los cuerpos: la realización de todas las actividades que permiten encontrar a las personas desaparecidas y su posterior exhumación; (4) Destino final de cadáveres: facilitar las actividades y procedimientos de laboratorio para realizar de manera eficaz y oportuna el proceso de devolución de los cuerpos esqueletizados a los familiares de la persona identificada; todo ello implementando instrumentos técnicos, humanos y normativos. Es fundamental reseñar que el orden de estas fases puede variar según el caso y/o pueden desarrollarse de manera simultánea.

De parte de la Fiscalía General de la Nación hubo una coordinación entre la Subdirección Nacional de Atención a Víctimas, el Grupo de Exhumaciones de la Dirección Nacional Especializada de Justicia Transicional y el Grupo de Criminalística. Asimismo, se desarrolló un trabajo articulado con otras entidades del Estado, entre ellas: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – UARIV; Ministerio de Salud y Protección Social; Secretarías Departamentales de Salud; Corporación Colectivo Sociojurídico Orlando Fals Borda; y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Respecto a la primera fase, la Fiscalía General de la Nación tiene a su disposición el Registro Nacional de Desaparecidos como herramienta interinstitucional unificada para: (i). Procesar la información sobre personas desaparecidas; (ii) Realizar la comprobación de los sistemas de información estatal,

15 Comunicado Conjunto # 62, La Habana, 17 de Octubre de 2015, Gobierno Nacional de Colombia y FARC-EP.

gubernamental y privado; (iii). Verificar la Información de organizaciones no gubernamentales y otras de la sociedad civil de carácter humanitario, eclesiásticas, del orden nacional e internacional. Esta verificación de archivos históricos, la recolección de información documental, testimonial y de campo sobre los hospitales, cementerios, cárceles y enterramientos clandestinos que pueden ser claves en la investigación; comprobación de los registros de cadáveres sin identificar de los cementerios, así como también de personas desaparecidas en los registros oficiales de personas detenidas o capturadas; información de gobiernos extranjeros y empresas multinacionales que puedan ser de utilidad en la investigación; y un análisis de contexto sociopolítico a partir del cual pudo darse la desaparición.

En la segunda fase, durante el proceso de localización la Fiscalía determina si se realizaron diligencias de exhumación, inspección del cadáver, búsqueda urgente u otras acciones con el fin de lograr determinar la ubicación de la persona o personas dadas por desaparecidas. También se cruzan los datos de los sistemas de información existentes con el fin de determinar el universo general de personas dadas por desaparecidas en la región o zona donde se hizo la denuncia, y así poder realizar análisis de tendencias respecto a este tipo de crimen. Otra acción determinante consiste en cruzar información de personas vivas o muertas con la base de personas dadas por desaparecidas, ya que en este cruce se suele reducir el universo de búsqueda. Es fundamental reseñar que toda la información debe ser continuamente analizada y cotejada con la recabada en los testimonios, declaraciones y denuncias de la ciudadanía.

Si la persona es finalmente hallada con vida, la Fiscalía implementa un plan de trabajo para determinar las circunstancias en que sucedió la desaparición, se levanta un acta de supervivencia y los equipos especializados de la entidad brindan la asistencia psicosocial necesaria (tanto para la persona hallada como para sus familiares). Cuando la persona es hallada sin vida, la Fiscalía, en coordinación con las entidades del Estado correspondientes, establece la metodología de exhumación a partir de los siguientes aspectos: número de víctimas, posible estado del cuerpo, lugar de hallazgo (tierra, río, pozo, cueva, lago), y tipo de entierro (fosa individual o colectiva, de tipo primaria o secundaria).

En la tercera fase, dependiendo de si fue hallada la ubicación del lugar donde presuntamente está la víctima desaparecida, se da continuidad a lo reseñado anteriormente en la segunda fase para poder determinar, con la mayor exactitud posible, las condiciones físicas y ambientales del área donde puede encontrarse el cuerpo y el tipo de enterramiento que se ha dado; a este procedimiento se le denomina diligencia de prospección¹⁶. Si hay autorización de realizar la exhumación, se convoca a un equipo de personas técnicas y expertas en la materia para el desarrollo de estas labores, entre los que pueden estar: antropólogo, odontólogo, topógrafo, fotógrafo, auxiliar de campo, técnico de explosivos. Algunos de los roles que desempeñan los integrantes del equipo de campo son los siguientes:

Antropólogo: Es el encargado de la coordinación técnica en las etapas de diligencias de prospección, como también en las de exhumación. Realiza el acompañamiento y, según el caso, la exhumación del cuerpo y su preparación para la identificación. Asimismo, dirige la toma fotográfica y videográfica de todo el procedimiento.

Auxiliar de campo: Es el personal que, por su conocimiento especializado, acompaña al antropólogo en sus decisiones, se encarga de manejar el sistema general de Cadena de Custodia, de realizar el registro del diario de campo (que es dictado por el antropólogo) y el acompañamiento del trabajo manual para la profundización de las fosas.

Odontólogo: Es el encargado de realizar la necropsia oral del cadáver esqueletizado mediante un examen minucioso de las estructuras óseas y dentales, para así poder evaluar las características morfológicas y métricas que puedan establecer la estimación de edad, patrón racial, sexo, entre otros; todo ello con el fin de hacer una primera identificación que sirva de apoyo en la investigación.

Fotógrafo: Todas las diligencias de exhumación tienen que quedar registradas desde su inicio hasta su

¹⁶ Prospeccionar se refiere al análisis del terreno para la búsqueda de enterramientos ilegales (ya sean individuales o múltiples) haciendo uso de técnicas y métodos arqueológicos para reconocer visualmente la morfología del terreno y poder así ubicar el lugar donde se encuentren posibles alteraciones por actividad humana. Se analizan los cambios de contorno superficial, las variaciones de la vegetación local, como también la estructura y la coloración del suelo.

fin. Se debe documentar todo el proceso registrando el terreno, la fosa y todo lo que sea encontrado en estas. Finalmente, después de la exhumación, el fotógrafo debe documentar el embalaje del cuerpo o restos y el estado final en que queda el terreno después de la diligencia.

Topógrafo: La documentación topográfica se realiza a partir de equipos satelitales de GPS, para así poder ir referenciando el recorrido desde los sitios de fácil identificación (como comunidades, veredas y fincas) hasta el lugar donde se realiza la diligencia. Además, el topógrafo debe determinar las dimensiones de las fosas encontradas, características generales del terreno y otros elementos determinantes de la diligencia. Todos los datos recogidos son procesados y representados de manera gráfica mediante un software especializado para que puedan ser consignados en los informes de la diligencia.

Técnicos en explosivos: Por las características del conflicto armado colombiano, frente al uso de minas antipersonas el equipo debe contar con un técnico especializado en explosivos que pueda brindar garantía y seguridad a todo el personal para prevenir que estos sean víctimas de algún tipo de mina. Asimismo, estos técnicos tienen la función de preservar, recolectar y procesar elementos materiales probatorios que se deriven de escenas con presencia de elementos peligrosos.

Ya exhumado el cuerpo, este es dirigido a laboratorios especializados en donde se procede, entre otras cosas, a la práctica de la necropsia para analizar el cadáver desde los aspectos antropológicos, odontológicos, balísticos, genéticos y químicos. El procesamiento y estudio del cuerpo esqueletizado está a cargo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, actuando bajo la orientación de la autoridad que exhumó el cuerpo, en este caso la Fiscalía General de la Nación. En esta labor es de suma importancia proteger los datos personales y la información que fue obtenida de la exhumación, para así poder cumplir la cadena de custodia en los procesos judiciales posteriores. De manera paralela, la Fiscalía realiza un acompañamiento psicosocial a los familiares durante todo el proceso.

En la cuarta fase, después de la identificación del cuerpo, se inician las labores de entrega a partir de

los lineamientos establecidos en el protocolo de entrega digna: «Las autoridades competentes para la identificación, exhumación e investigación, deberán entregar los cuerpos o restos a la familia afectada, en condiciones de dignidad, de acuerdo con el protocolo que para tal efecto elaborara la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas»¹⁷. La entrega digna de los cuerpos debe ser hecha con la mayor brevedad posible, garantizando la participación de los familiares de la persona dada por desaparecida, atendiendo a las diferencias étnicas y culturales de la víctima, cumpliendo los estándares internacionales y nacionales vigentes¹⁸, en definitiva, haciendo de la entrega un acto humanitario y de reconocimiento.

5. El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR): mecanismos judiciales y extrajudiciales para el reconocimiento de los derechos de las víctimas

Uno de los elementos más innovadores del Acuerdo Final de Paz entre la extinta guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno de Colombia estuvo en lo pactado en el punto quinto del Acuerdo («Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto»), en donde se configuró uno de los más vanguardistas y complejos sistemas de justicia transicional que han existido hasta el momento a nivel internacional. La base de este sistema transicional reside en los diez principios rectores que fueron reconocidos por las partes negociadoras: (i). El reconocimiento de las víctimas en tanto ciudadanos con derechos; (ii). El reconocimiento de la responsabilidad como mecanismo para que no exista un escenario de intercambio de impunidades; (iii). El deber supremo de todos los actores de satisfacer y restablecer los derechos de las víctimas; (iv). El

¹⁷ Art. 7, parágrafo 3, de la Ley 1408 de 2010 «Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación».

¹⁸ Actualmente, la entrega digna de los cuerpos está regida por lo establecido en la Ley 1408 de 2010 y en el Lineamientos de Entrega e Inhumación Digna de Cuerpos de 2020 elaborada por la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (UBPD).

reconocimiento del deber de garantizar una participación efectiva de las víctimas en la implementación de las medidas de satisfacción de sus derechos; (v). El considerar como imprescindible la búsqueda del esclarecimiento de la verdad para la reconstrucción de la confianza, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y como una garantía para la no repetición de lo sucedido; (vi). Que el fin último de todas las acciones implementadas posibilite la reparación integral de las víctimas del conflicto; (vii). El deber de asegurar las suficientes garantías para la protección de la vida y la integralidad de las víctimas; (viii). Asegurar que en la implementación de las medidas y acciones no sucedan escenarios revictimizantes; (ix). Que el objetivo último del Acuerdo de Paz y su sistema de justicia transicional sea crear las condiciones necesarias para lograr la reconciliación de toda la ciudadanía colombiana; (x). Que todas las acciones a implementar estén regidas por un enfoque de derechos¹⁹.

Bajo estos principios y reconociendo las lecciones aprendidas en materia de justicia transicional, tanto a nivel nacional como internacional, el punto quinto del Acuerdo final de Paz creó un sistema transicional en donde la satisfacción de los derechos de las víctimas no es de forma exclusiva por vía judicial, sino más allá, en el diseño de un sistema que reconociera la integralidad de estos derechos. Para cumplir los objetivos dispuestos en el momento de la negociación se acordó que era necesario que la labor estuviera compartida entre varias instituciones y medidas, las cuales debían actuar de forma complementaria. La integralidad del sistema implica que en su accionar ninguno de sus componentes pueden entenderse o actuar de manera aislada: existe una interdependencia entre sí, pero, a su vez, existe una independencia y autonomía respecto a los otros poderes del Estado con el fin de garantizar la seguridad jurídica e imparcialidad al momento de desarrollar su labor.

Bajo estas nociones se construyó, mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, lo que se denominó como el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación

19 Declaración de principios para la discusión del punto 5 de la agenda: "víctimas". Delegación del Gobierno de Colombia y Delegación de las FARC-EP. 7 de junio de 2014.

y No Repetición (SIVJNR). El SIVJNR está compuesto por: la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV); la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD); y las medidas de Reparación Integral y Garantía de No Repetición²⁰. Para Colombia y el mundo, el SIVJNR representa un intento por resolver las tensiones que existen entre las nociones de justicia restaurativa y justicia retributiva, entre los mecanismos de amnistía y las exigencias de penas privativas de la libertad a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, y entre el reconocimiento de la integralidad de los derechos de las víctimas del conflicto armado y la realización de acciones concretas para su reparación²¹.

De acuerdo con lo estipulado en el Acuerdo Final de Paz, la JEP es una institución de carácter transitorio, con una duración de hasta 20 años, e independiente del Estado, con autonomía para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario que se dieron durante y en relación con el conflicto. Sus principales objetivos, de acuerdo con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1957/19), son: primero, satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; segundo, contribuir a luchar contra la impunidad; y tercero; adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado.

En la misma Ley se estableció que las víctimas gozan de plena garantía procesal dentro de los procesos que se desarrollan en la JEP mediante la figura de «interviniente especial»²², la cual les concede facultades para participar solicitando y aportando pruebas, o apelando las decisiones que conside-

20 Para saber más sobre la normativa del SIVJNR por las que se crean sus instituciones y se dictan los lineamientos para su implementación y funcionamiento, ver: Ley 1957/19; Decreto 587/17; Decreto 691/17; Decreto 588/17; Decreto 589/17; Ley 1820/16; Decreto 855/17; Decreto 899/17; Decreto 898/17; Decreto 277/17; Decreto 706/17; Decreto 775/17; Decreto 899/17.

21 Acto Legislativo 01 del 04 de abril de 2017, "Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones".

22 Ley 1957 del 06 de junio de 2019 "Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz".

ren injustas o improcedentes²³. La figura jurídica de interviniente especial se sustentó en el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff (A/HRC/34/62), que señala que es obligación de los estados garantizar la participación de las víctimas de manera tangible y directa en los programas de reparación.

Un importante desafío para la JEP se deriva del mandato impuesto en el Acto Legislativo 01 de 2017, así como su desarrollo normativo (Ley Estatutaria 1957 de 2019, 1922 de 2018) y la sentencia C-080 de 2018, que establecen la justicia restaurativa como uno de los paradigmas orientadores del Sistema Integral que concierne a todos sus componentes en términos de verdad, justicia, reparación y medidas de no repetición.

La JEP ha señalado que «la justicia restaurativa, transicional, que está implementando la Jurisdicción, es participativa y prospectiva, busca atender el daño sufrido, reintegrar a las partes en la sociedad y recobrar el tejido social quebrantado. A través de este modelo de justicia transicional, con enfoque restaurativo, se busca que los responsables reparen el daño que causaron en la sociedad. Su foco está en que, con acciones monitoreadas y verificadas, se enmiende el dolor y sufrimiento ocasionado a las víctimas y la sociedad».

Este gran reto que se le impuso a la Jurisdicción Especial ha venido avanzando y estableció siete líneas

23 De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 1957 de 2019, las víctimas tienen los derechos de: a). Ser reconocidas como víctimas dentro del proceso judicial; b). Aportar pruebas e interponer recursos contra las sentencias que se profieran, en el marco de los procedimientos adelantados en la JEP; c). Recibir asesoría, orientación y representación judicial a través del sistema autónomo de asesoría y defensa; d). Contar con acompañamiento psicológico y jurídico en los procedimientos adelantados por la JEP; e). Ser tratadas con justicia, dignidad y respeto; f). Ser informadas del avance de la investigación y el proceso; g). Ser informadas a tiempo de cuando se llevarán a cabo las distintas audiencias del proceso, y a intervenir en ellas; e). En los casos en que haya reconocimiento de verdad y responsabilidad, las Salas podrán llevar a cabo audiencias públicas en presencia de víctimas individuales o colectivas afectadas con la o las conductas, sin perjuicio de que dicho reconocimiento se realice por escrito. En los casos de reconocimiento escrito, deberá entregárseles copia del mismo a las víctimas directas y se les dará la debida publicidad en concertación con estas, conforme las normas de procedimiento.

24. Intervención del presidente de la JEP, del director de la UIA y del secretario ejecutivo en el lanzamiento oficial del Sistema Restaurativo.

de proyectos restaurativos en los que podrán trabajar los comparecientes que han aportado verdad y vienen cumpliendo con sus obligaciones: 1) Acción Integral contra las Minas 2) Medio ambiente, naturaleza y territorio; 3) Infraestructura rural y urbana, 4) Memorialización y reparación simbólica; 5) Educación, alfabetización y capacitación, 6) Búsqueda de personas dadas por desaparecidas, y 7) Daños diferenciales y macrovictimización.

El 5 de marzo de 2024, la JEP presentó oficialmente el Sistema de Justicia Restaurativa que rige la JEP, el cual busca principalmente restaurar los vínculos rotos durante el conflicto a través de acuerdos que transformen la sociedad y aporten a la no repetición, mediante sanciones propias y proyectos restaurativos. El presidente de la JEP manifestó que «[s]omos una alta corte de justicia que hace investigación, juzgamiento y sanción de graves crímenes y eso lo hacemos poniendo en el centro a las víctimas», al comentar que esto nos ha permitido entender que «nuestra justicia es distinta a la justicia penal ordinaria, cuyo objetivo final es un sistema de castigo y afirmar el poder punitivo del Estado». Por su parte, el director de la UIA señaló que «estamos dando un paso muy importante en la JEP porque se está lanzando el sistema que es el centro de esta justicia. La JEP debe dejar un legado y es la implementación de un mecanismo de justicia que permita que los colombianos logremos reconciliarnos».

La JEP está compuesta por tres Salas y un Tribunal para la Paz. A su vez, las Salas, compuestas por 18 magistrados titulares, están divididas en: Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; y Sala de Amnistía o Indulto. Por otro lado, el Tribunal para la Paz, conformado por 20 magistrados, está compuesto por cuatro secciones: Sección de Primera Instancia con Reconocimiento de Responsabilidad; Sección de Primera Instancia sin Reconocimiento de Responsabilidad; Sección de Revisión de Sentencias; Sección de Apelación; y Sección de Estabilidad y Eficiencia²⁴. Finalmente, como parte de la

24 Esta Sección no opera actualmente y se estipula que lo hará cuando la JEP termine su labor. Se contempla que tenga como principal objeto verificar y proteger el cumplimiento de las decisiones proferidas.

estructura de la jurisdicción está la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), que es el órgano de la JEP encargado de las investigaciones y la acción penal cuando los comparecientes, sean individuales o colectivos, no reconocen la verdad plena o su responsabilidad frente al hecho que se les acusa. Así, la UIA es el órgano rector en materia de policía judicial y desarrolla sus funciones de forma mancomunada con las diferentes Salas y Secciones del Tribunal para la Paz. La UIA está integrada por 10 fiscales ante el Tribunal y 6 de Sala; también cuenta con un grupo de fiscales de apoyo a nivel nacional.

La JEP tiene presencia en todo el territorio nacional con una sede principal, ubicada en la ciudad de Bogotá, y con 25 equipos territoriales en 25 ciudades o municipios del país, de los cuales la UIA cuenta con presencia permanente en 12 de ellos.

Con el fin de satisfacer el derecho a la verdad, en el Acuerdo Final de Paz se consideró que esta no podía restringirse únicamente a la verdad judicial dictada por los magistrados de la JEP. Por ello, se acordó crear la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) para que, en un plazo de 3 años, se pudiese lograr conocer a fondo las raíces del conflicto armado y las verdades que en los procesos judiciales no suelen ser reveladas. La CEV se constituye como un mecanismo imparcial e independiente, de tipo transitorio y de carácter extrajudicial, que tiene como misión contribuir a la satisfacción del derecho de las víctimas y de la sociedad colombiana en su conjunto a conocer la verdad sobre lo sucedido durante el conflicto armado. De acuerdo al Acto Legislativo 01 de 2017 y el Decreto Ley 588 de 2017 por el cual se creó la CEV, los principales objetivos de esta entidad son: primero, contribuir al esclarecimiento de lo ocurrido y ofrecer una explicación lo suficientemente amplia de la complejidad del conflicto; segundo, promover y contribuir al reconocimiento de los derechos de las víctimas; tercero, como mecanismo de construcción de paz, promover la convivencia en los territorios de Colombia; y cuarto, elaborar al final de su mandato un informe que reconozca las diferentes voces de las víctimas y de aquellos que participaron

de forma directa e indirecta en el desarrollo del conflicto armado²⁵.

La CEV estuvo compuesta por 11 comisionados y comisionadas que conformaban el Pleno. La estructura organizacional se dividió en Direcciones y Subdirecciones que coordinaban en su interior componentes, objetivos y metodologías para la elaboración del Informe Final. Estaba la Dirección para el Diálogo Social, conformada por la Coordinación Objetivo de Reconocimiento, Coordinación de Objetivo de Convivencia, Coordinación de Objetivo de No Repetición, Coordinación de Estrategia de Participación y Sectores, Coordinación Estrategia de Pedagogía, Coordinación Estrategia Cultural y Artística, Coordinación Enfoque de Género, Coordinación Enfoque Psicosocial, Coordinación Enfoque Curso de Vida y Discapacidad. Por otro lado, estaba la Dirección de Conocimiento, conformada por la Coordinación del Sistema de Información Misional. También formaba parte de la estructura de la CEV la Subdirección de Conocimiento, Dirección de Territorios y la Dirección de Pueblos Étnicos. La CEV actuó a través de 10 sedes regionales y territoriales, con presencia en todo el país, y una división especial internacional, configurada bajo el modelo de nodos, que buscaba incluir a los colombianos que tuvieron que salir exiliados por razones del conflicto armado. En cada sede se constituyó una Casa de la Verdad que buscó, desde un enfoque territorial, promover el carácter participativo en el proceso de documentación de casos y la activación de procesos de reconocimiento y convivencia.

En tanto que buscar a las personas dadas por desaparecidas se presenta como un imperativo ético que no puede depender de las dinámicas de los procesos judiciales, el Acuerdo Final de Paz creó la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) como una entidad de tipo extrajudicial y de carácter humanitario. La UBPD tiene una duración de 20 años y, de acuerdo con lo estipulado en el Acto Legislativo 01 de 2017 y el Decreto 589 de 2017, sus principales objetivos son buscar y localizar a las víctimas del conflicto que

25 Decreto 588 del 05 de abril de 2017 "Por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición".

siguen desaparecidas y, en el caso de haber fallecido, recuperar, identificar y entregar los restos a los familiares. Para su acción, la UBPD actúa siguiendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, las organizaciones de víctimas que han adelantado procesos de búsqueda, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Comisión Internacional sobre Personas Desaparecidas. Asimismo, tal y como se mostró en el apartado anterior, esta unidad partió del trabajo realizado por la Fiscalía General de la Nación en el Plan Nacional de Búsqueda.

El SIVJNR se estructuró a partir de una concepción de paz que reconoce la necesidad de crear nuevas condiciones de derechos que contribuyan a superar, territorialmente y de forma sensible, las particularidades de cada contexto y las estructuras que han sido generadoras de violencia. Asimismo, tiene como eje central de todas acciones el reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado y debe buscar, de acuerdo con los mandatos de sus marcos normativos, que la centralidad de

las víctimas se traduzca en acciones concretas que sirvan de garantía para la construcción de una paz justa, estable y duradera. En definitiva, la apuesta por la centralidad de las víctimas es un compromiso que adquiere la sociedad colombiana en su conjunto para construir un futuro en paz que esté caracterizado por la dignidad, la memoria y la justicia.

Algunas cifras sobre las acciones que hasta la fecha ha adelantado la JEP, con corte a 31 de enero de 2024: se han acreditado individualmente un total de 9.171 víctimas del conflicto armado y 328 sujetos colectivos; se estima que al menos 338.430 personas integran los sujetos colectivos acreditados. Por otro lado, con fecha de corte 13 de marzo de 2023, 14.067 personas han suscrito actas de compromiso y sometimiento ante la JEP de los cuales el 70% corresponden a miembros de las FARC-EP, 28% de Fuerza Pública y 2% de otros agentes.

Frente a la definición de situaciones jurídicas y tratamientos penales especiales, estos son los principales datos²⁶:

Definición de Situación Jurídica	Concedida	Denegada	Total
Personas con resolución de amnistía	689	3.915	4.604
Personas con resolución de renuncia a la persecución penal	0	18	18
Personas con resolución de libertad transitoria, condicionada y anticipada	671	276	947
Personas con resolución de libertad condicionada	476	2.057	2.533
Personas con suspensión de la orden de captura	103	49	152
Personas con resolución de privación de la libertad en unidad militar o policial	231	22	253
Personas con resolución de revocatoria o restitución de la medida de aseguramiento	10	97	107

Respecto a los seis Autos de Determinación de Hechos y Conductas que ya han sido emitidos por la Sala de Reconocimiento de Verdad, se ha imputado crímenes de guerra y lesa humanidad a 78 miembros de las FARC-EP, de la fuerza pública y otros agentes del Estado, identificados como máximos responsables de los crímenes. Asimismo, de estos comparecientes, 61 ya han reconocidos su responsabilidad frente a los hechos cometidos, 13 están en proceso de reconocimiento y el caso de los 5 restantes están

en manos de la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), que se encargará de llevar a cabo la investigación y de proceder a la acusación ante el Tribunal para la Paz; en el caso en que estos sean hallados culpables en el marco de un proceso penal adversarial, podrán ser sujetos de una pena de privación de la libertad de hasta 20 años.

²⁶ Elaboración propia a partir de los datos públicos de <https://www.jep.gov.co/>

La JEP decidió no abordar el proceso desde casos particulares, sino por el contrario, desde lo que se denomina como «macrocasos». Estas son investigaciones que buscan abarcar múltiples casos relacionados con patrones sistemáticos de violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (DIH). Los macrocasos pueden incluir a múltiples actores armados y víctimas, así como también una multiplicidad de crímenes (desplazamiento forzado, ejecuciones extrajudiciales, secuestros masivos, desapariciones forzadas, entre otros). Así, los macrocasos centran su acción en identificar y juzgar los patrones estructurales de violencia y juzgar a los máximos responsables de dichos crímenes. Actualmente están abiertos los siguientes 11 macrocasos:

- Macrocaso 01: Toma de rehenes y otras graves privaciones de la libertad cometidas por las FARC-EP. Apertura: Auto SRVR 002/2018.
- Macrocaso 02: Situación territorial de los municipios de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas en el departamento de Nariño. Apertura: Auto SRVR 04/2018.
- Macrocaso 03: Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado. Apertura: Auto SRVR 05/2018.
- Macrocaso 04: Situación territorial en la región de Urabá. Apertura: Auto SRVR 040/2018.
- Macrocaso 05: Situación territorial norte del Cauca y sur del Valle del Cauca. Apertura: Auto SRVR 078/2018.
- Macrocaso 06: Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP). Apertura: Auto SRVR 027/2019.
- Macrocaso 07: Reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado. Apertura: Auto SRVR 029/2019.
- Macrocaso 08: Crímenes cometidos por miembros de la fuerza pública, otros agentes del Estado, o en asociación con grupos paramilitares, o terceros civiles, por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano. Apertura: Auto SRVR 104/2022.

- Macrocaso 09: Crímenes no amnistiables cometidos contra Pueblos y Territorios Étnicos por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano. Apertura: Auto SRVR 105/2022.
- Macrocaso 10: Crímenes no amnistiables cometidos por miembros de las extintas FARC-EP por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano. Apertura: Auto SRVR 102/2022.
- Macrocaso 11: Violencia basada en género, violencia sexual, violencia reproductiva, y otros crímenes cometidos por prejuicio basados en la orientación sexual, la expresión y/o identidad de género diversa en el marco del conflicto armado colombiano. Apertura: Auto SRVR 05/2023.

Los avances de cada macrocaso son dispares, pero han sido significativos. Por ejemplo, tras concluir la JEP que 30 comparecientes aportaron verdad y reconocieron sus responsabilidades dentro de los Macrocasos 01 y 03, la Sala de Reconocimiento emitió las tres primeras Resoluciones de Conclusiones. A partir de su emisión, se activó la competencia de la Sección de Primera Instancia para Casos de Reconocimiento de Verdad del Tribunal Especial para la Paz, que es el órgano que deberá decidir sobre la imposición de las sanciones que tendrán que pagar los comparecientes²⁷.

Por otro lado, respecto a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV), el 28 de junio de 2022 se llevó a cabo en la ciudad de Bogotá la entrega formal del informe final, denominado «Hay Futuro si hay verdad», compuesto por 10 extensos: 1. Hallazgos y recomendaciones; 2. Cuando los pájaros no cantaban: Volumen testimonial; 3. Convocatoria a la paz grande; 4. No es un mal menor: afectaciones a niños, niñas y adolescentes; 5. La Colombia fuera de Colombia; 6. Mi Cuerpo es la verdad; 7. No Matarás. Relato Histórico del conflicto armado; 8. Sufrir la guerra y rehacer la vida; 9. Colombia Adentro; 10. Resistir no es aguantar: dinámicas, violencias y da-

²⁷ Para conocer más sobre los avances de la JEP, ver: <https://relatoria.jep.gov.co/>

ños del conflicto armado a los pueblos étnicos en Colombia; 11. Hasta la guerra tiene límites²⁸.

La CEV también construyó un Decálogo con 10 propuestas para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia: «1. Aceptar la verdad como condición para la construcción colectiva y superar el negacionismo y la impunidad; 2. Tomar la determinación de nunca más matarnos y sacar las armas de la política; 3. Aceptar que somos muchos —en diverso grado, por acción o por omisión— los responsables de la tragedia; 4. Respetar al otro, a la otra, por encima de las herencias culturales y las rabias acumuladas; 5. Tener en cuenta la herida del otro y sus preocupaciones e intereses; 6. Construir de tal manera que el Estado, la justicia, la política, la economía y la seguridad estén al servicio de la dignidad humana igual y sagrada de los colombianos y colombianas; 7. Que esto lo vamos a construir juntos o no habrá futuro para nadie, y para ir juntos tenemos que cambiar. Que el actual Estado se transforme en un Estado para la gente, que los políticos paren la corrupción, que los empresarios no excluyan de la participación en la producción a una multitud que reclama el derecho a ser parte, que los que acaparan la tierra la entreguen; que cambien todos los que colaboran con el narcotráfico, con la guerra, con la exclusión, con la destrucción de la naturaleza; 8. Que no haya más impunidad; 9. Que los que siguen en la guerra entiendan que no hay derecho para seguir haciéndola porque no permite la democracia ni la justicia y solo trae sufrimientos; 10. Que tenemos que construir desde las diferencias con esperanza y confianza colectiva para que seamos posibles hoy y en las generaciones de mañana»²⁹.

Asimismo, es importante reseñar el proyecto conjunto que desarrolló la CEV y la JEP para reunir, en una sola base de datos, el universo total de víctimas que ha tenido Colombia, agrupadas en cinco tipos de violaciones de los derechos humanos: homicidio, desaparición forzada, secuestro, reclutamiento y desplazamiento forzado. Se obtuvo una base integrada por 8.755.844 personas únicas que han sido

víctimas de, al menos, un tipo de estas violaciones de los derechos humanos. Entre los datos más significativos están: Homicidios, se estima que 450.664 personas perdieron la vida a causa del conflicto armado entre 1985 y 2018, habiendo un subregistro que puede elevar la cifra a un total de 800.000 víctimas; Desaparición Forzada, se estima que 121.768 personas fueron desaparecidas forzosamente en el marco del conflicto armado, en el periodo entre 1985 y 2016, habiendo un subregistro que puede elevar el universo a un total de 210.000 víctimas; Secuestro, se estima que 50.770 personas fueron víctimas de secuestro y toma de rehenes en el marco del conflicto armado entre 1990 y 2018, habiendo un subregistro que puede elevar el número a un total de 80.000 víctimas; Reclutamiento, se estima que hubo 16.238 casos de reclutamiento, de niños, niñas y adolescentes desde 1990 hasta 2017, habiendo un subregistro que puede elevar el universo a un total de 30.000 víctimas; Desplazamiento Forzado, se estima que hubo 752.964 personas víctimas de desplazamiento forzado entre 1985 y 2019. Según los datos recopilados por la CEV, cerca del 80% de las personas muertas por causa del conflicto armado fueron civiles. Entre 1958 y 2019 se registraron 4.237 masacres, localizadas en al menos el 62% de los municipios totales del país. Se registraron entre 2002 y 2008 al menos 6.402 ejecuciones extrajudiciales bajo la modalidad de “falsos positivos”. Y, finalmente, se pudo contabilizar que al menos 1.327 personas que ejercían labores de liderazgo social o defensa de derechos humanos fueron asesinadas durante el conflicto armado³⁰.

Por mandato del Decreto Ley 588 de 2017, actualmente la CEV se encuentra en las labores de entrega y apropiación participativa de los hallazgos del informe final. Esta línea de trabajo se ha denominado el Legado de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, y cuenta con una metodología específica elaborada por la CEV. En estos momentos está funcionando el Comité de Seguimiento y Monitoreo de la implementación de las recomendaciones del informe final que tiene, entre sus principales tareas, la elabora-

28 Para conocer los capítulos que componen el informe final de la CEV, ver: <https://www.comisiondelaverdad.co/>

29 Para conocer el decálogo de la CEV, ver: <https://www.comisiondelaverdad.co/el-decalogo-para-la-reconciliacion-que-propone-la-comision-de-la-verdad>

30 Para conocer un resumen de las principales cifras de la CEV, ver: <https://web.comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/principales-cifras-comision-de-la-verdad-informe-final>

ción de Informes de Seguimiento del estado de implementación de las recomendaciones³¹.

Finalmente, respecto a los avances que ha tenido la UBPD, a fecha de 30 de agosto de 2023, la Unidad ha recuperado 929 cuerpos, y 16 personas que inicialmente habían sido dadas por desaparecidas han sido halladas con vida. Asimismo, se ha avanzado en la construcción de una base de datos pública. De la información consignada en esta base, los datos más relevantes son: Número total de personas dadas por desaparecidas, constituido por 105.864 personas; se han identificado un total de 8.240 fosas, cementerios ilegales y sepulturas donde presuntamente se hallan las personas dadas por desaparecidas; el total de solicitudes incluidas en el registro de solicitudes de búsqueda es de 32.188 personas; y actualmente se han incluido en el registro de solicitudes a 25.892 personas, de las cuales el 40% ya se encuentran registradas dentro de los Planes de Búsqueda que actualmente se están implementado³².

Es evidente que el SIVJNR es un sistema innovador de justicia transicional de carácter restaurativo, que recoge las lecciones aprendidas del ámbito nacional e internacional en materia de justicia transicional, con enfoque restaurativo, tiene un funcionamiento complejo, pero con roles y mandatos determinados, y que actualmente es el motor de la implementación del punto 5 del Acuerdo Final de Paz.

6. Conclusiones

Colombia tiene una amplia y larga trayectoria normativa para el reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado. Tal y como se ha mostrado a lo largo del artículo, el Estado colombiano ha sido capaz de suscribir acuerdos de paz, hacer desarrollos normativos y jurisprudenciales que ponen los derechos de las víctimas en el centro de todos los procesos de política pública. Quizás haya esfuerzos que en un primer momento parecieran ser muy ambiciosos y que, por esa misma amplitud, pu-

diesen ser considerados como incumplibles. Pero en perspectiva, y de acuerdo con la misma experiencia histórica que ha tenido Colombia, es mejor tener una visión prospectiva capaz de dibujar futuros más justos y democráticos, que terminar por hacer renunciaciones que desembocan en la vulneración de los derechos de las víctimas.

Ahora, específicamente sobre los sistemas de justicia transicional, es importante señalar que la administración de justicia es uno de sus componentes, pero este debe complementarse con los demás previstos en el Acuerdo de Paz, tales como los mecanismos extrajudiciales y humanitarios que permitan una reparación integral a las víctimas, la reforma integral, los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) o las estrategias de sustitución sostenible de cultivos ilícitos. Además, esta articulación responde a una idea fundamental en donde los procesos de construcción de paz no se pueden reducir a sentencias y acciones del ámbito de la administración de justicia, sino que, por el contrario, son procesos complejos de tipo interinstitucional en donde la participación de las víctimas y la ciudadanía en general juega un papel importante para la consecución de este objetivo.

Así, tal y como se señaló anteriormente, además de establecer la Ley de Justicia y Paz un marco legal para posibilitar la desmovilización y desarme de las estructuras armadas de las AUC, esta ley significó en la práctica una primera aproximación hacia un sistema jurídico de tipo restaurativo. Por ello, pese a sus limitaciones, incumplimientos e incluso vacíos normativos que serían actualmente inaceptables en una nueva normativa, el que las confesiones y sanciones de los victimarios estuviesen condicionadas por las nociones de verdad, reparación y no repetición, fue lo que justamente generó las condiciones jurídicas y políticas para la elaboración de la Ley de Víctimas; esta no es posible entenderla sin contemplar las lecciones de la Ley de Desplazamiento Forzado y la Ley de Justicia y Paz. El gran logro de esta trayectoria normativa fue fortalecer el reconocimiento de los derechos de las víctimas por encima de los intereses de desmovilización de grupos armados o los actos aislados de reparación. En este caso es posible ver un saber progresivo que no puede ser obviado y que terminó por consolidarse en el Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno Nacional

31 Para conocer las labores del Comité de Seguimiento y Monitoreo, ver: <https://www.comisiondelaverdad.co/lo-que-sigue>

32 Para conocer más sobre el Portal de Datos de la UBPD, ver: <https://ubpdbusquedadesaparecidos.co/sites/portal-de-datos/>

y la extinta guerrilla de las FARC-EP, cuando este dispone que el reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado es el pilar central desde donde se deben regir, no solo todos los apartados del Acuerdo sino, más aún, todas las políticas públicas del orden nacional, departamental y local.

Por otro lado, una experiencia como la de los Centros de Atención Penal Integral a Víctimas (CAPIV), se constituyen en una novedosa y eficiente estrategia interinstitucional e interdisciplinar que tiene como finalidad última materializar la centralidad de las víctimas en el espectro del derecho al acceso a la administración de justicia. Los CAPIV permiten llevar a la práctica los principios que deben fundamentar y orientar los procesos de atención a la ciudadanía en general, y en particular, a la población víctima de un delito. El trato digno, la transversalización de los enfoques diferenciales, la acción sin daño, la no revictimización, la articulación de tipo intra e interinstitucional, y la respuesta y orientación oportuna, son los principios rectores del accionar de los CAPIV. Las lecciones de este modelo muestran la necesidad de asumir que los hechos de violencia en razón directa o indirecta con el conflicto armado que ha vivido el país también han logrado permear la esfera de lo cotidiano, reproduciendo distintas violencias tanto en el entorno familiar como en lo social. En ese sentido, se necesita ampliar los criterios de acceso a la justicia (siempre desde una lógica de colaboración interinstitucional y atención digna) para efectivamente lograr un reconocimiento de los derechos de las víctimas. Esta ampliación de criterios quizás no es necesaria en todos los contextos, pero en una realidad como la colombiana las fronteras de la criminalidad son difusas y, por ello, es deber del Estado asegurar un abordaje integral sin que la razón o causa directa del hecho victimizante sea un condicionante en la atención a las víctimas.

Otra experiencia de especial valor fue el Plan Nacional de Búsqueda de la Fiscalía General de la Nación descrito anteriormente. Este Plan marcó un hito en Colombia al establecer medidas concretas y estructuradas para una inmediata búsqueda de las personas dadas por desaparecidas debido al conflicto armado. Aliviar el sufrimiento de las familias de personas desaparecidas es una exigencia para cualquier estado de derecho. Se deben realizar todas las medidas humanitarias necesarias para la búsqueda, ubi-

cación, identificación y entrega digna de los restos de las personas dadas por desaparecidas. Para realizar estas acciones se consideró que no había que esperar a que terminara el conflicto armado, incluso podían desarrollarse como un acto de buena voluntad de las partes negociadoras, tal y como sucedió en el caso del Comunicado # 62 de La Habana. La desaparición forzada de personas es uno de los crímenes más atroces que no solo acaba con la vida y la personalidad jurídica del desaparecido, sino que destruye las familias, sus entornos, lesionan el núcleo social y dejan una angustia y un dolor interminable que trasciende por generaciones. Pensar en un proceso de paz en términos de reconciliación sin buscar a los desaparecidos de una guerra para identificarlos y entregarlos a sus familiares y aliviar el sufrimiento causado por estos crímenes, resulta imposible. Esas heridas abiertas, sin conocer la verdad de lo sucedido, no permitirán que exista una paz estable y una verdadera reconciliación.

Finalmente, respecto al SIVJNR, es preciso reconocer que los retos y responsabilidades son muy grandes: en parte, el futuro de la implementación del Acuerdo Final de Paz pasa por la capacidad que tenga este sistema transicional de poder articular acciones para el reconocimiento y la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto. Esta no es una idea nueva; ya en abril del año 2018, cuando acababan de ser expedidos los marcos normativos que rigen actualmente al SIVJNR y se había cumplido el alistamiento técnico y jurídico para la puesta en marcha del sistema, la Dirección de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia y la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana, organizaron conjuntamente el Foro *Jurisdicción Especial para la Paz y Comisión de la Verdad: Retos de la Justicia Transicional de Colombia* en donde participaron destacadas personalidades del ámbito político y académico³³ para, conjuntamente, identificar al inicio del mandato del Sistema

33 Entre los ponentes invitados estuvieron el entonces ministro de Justicia y del Derecho, Enrique Gil Botero; la directora de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia, Isabel Durán Murillo; la entonces directora de la JEP, Patricia Linares Prieto; el director de la CEV, Francisco de Roux Rengifo, S.J; el director de la UIA, Giovanni Álvarez Santoyo; y el entonces decano de la Facultad de Ciencias Políticas, y actualmente rector de la Pontificia Universidad Javeriana, Luis Fernando Múnera Congote, S.J.

cuáles serían los principales retos y desafíos que tendría su implementación, así como cuáles serían las herramientas y metodologías que debían ser empleadas para afrontar dichos retos. Como producto de este foro, se publicó el libro *Retos de la Implementación de la Justicia Transicional en Colombia*.

En este libro, a modo de conclusión, se resumieron los retos y desafíos identificados que, de acuerdo con la trayectoria que ha tenido hasta el momento el SIVJNRN, siguen vigentes. Primero, se identificó la necesidad de que el SIVJNRN trabaje conjuntamente con la sociedad colombiana para lograr su legitimidad, teniendo como reto que los procesos participativos que desarrollen sean lo suficientemente amplios y pluralistas. Segundo, se reconoció la necesidad de que la pedagogía sobre los avances del sistema no solo fuera utilizada como una herramienta informativa, sino más aún, debe entenderse como la posibilidad misma de generar contextos para la formación y construcción de ciudadanía y de sujetos políticos capaces de construir la paz. Tercero, se identificó la necesidad de hacer una regionalización del SIVJNRN, llevando el sistema de justicia transicional en su conjunto a las zonas más afectadas por el conflicto armado. Cuarto, reconocer y no olvidar los límites y lecciones internacionales, en tanto que, aunque exista un paradigma internacional de justicia transicional, para su implementación es

necesario que cada país sepa reconocer las propias características y exigencias de su contexto e historia, siendo entonces la creatividad y la promoción de acciones participativas espontáneas, autónomas, amplias y pluralistas las bases sociales para el reconocimiento de los derechos de las víctimas y, en consecuencia, para la construcción de una paz justa, estable y duradera³⁴.

Finalmente, la experiencia colombiana, con sus errores y aciertos, indica que mientras no se sepa la verdad de lo sucedido, no se repare integralmente a las víctimas, no se hagan procesos de memoria histórica y no se realicen todos los esfuerzos por buscar y encontrar a las personas desaparecidas, hablar de reconocimiento de los derechos de las víctimas es una quimera. Sin este reconocimiento efectivo, los procesos de construcción de paz son inconclusos y, en consecuencia, quedan unas heridas a nivel social que tienen un impacto en la trayectoria política de un país. Justamente por ello, la necesidad de identificar y relatar los hitos y experiencias concretas descritas a lo largo del presente escrito y volver a reflexionar sobre el recorrido que ha tenido Colombia en el reconocimiento de los derechos de las víctimas es decisivo para no perder el norte como país y, además, puede servir de referente para otros países que se encuentran en la búsqueda de caminos hacia la paz.

34 *Retos de la Implementación de la Justicia Transicional en Colombia* (2018). Editores académicos: Sebastián Peñuela Camacho, Eduardo Gutiérrez González y María Lucía Zapata Cancelado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

