

11. DERECHOS HUMANOS Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

11.1 Introducción

11.1.1 EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de la segunda mitad del siglo XX y, en particular, tras la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 –cuyo 75.º aniversario hemos celebrado en 2023–, así como la creación progresiva de un sistema internacional de protección, supuso un cambio de paradigma que ubica al individuo como sujeto de un conjunto de derechos, considerados estos como de interés colectivo de la sociedad internacional y derivados de su propia dignidad, y que, al tiempo, impone a los Estados la obligación de garantizar su disfrute.

Siguiendo la Resolución 60/251 de la Asamblea General de la ONU de 3 de abril de 2006, por la que se establece el Consejo de Derechos Humanos, podemos definirlos como aquellos inherentes a todos los seres humanos por el mismo hecho de serlo, sin distinción alguna, que se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad inherente a toda persona y que gozan de las características de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad e interdependencia.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se configura como un conjunto de normas dirigidas a la protección internacional de la persona, las cuales pueden categorizarse en normas primarias o sustantivas –declaraciones de derechos– y normas secundarias o procesales, que tienen por objeto la creación de instituciones u órganos permanentes, incluyendo sus normas estatutarias y de funcionamiento. Asimismo, junto al sistema universal de protección, básicamente constituido por el sistema de Naciones Unidas, encontramos los subsistemas regionales: europeo, interamericano y africano. Por su parte, el llamado Derecho Internacional Humanitario está constituido por aquellas normas que, por razones humanitarias, tienen como finalidad limitar los efectos que producen los conflictos bélicos y proteger a las personas y los bienes afectados o que pudieran resultar afectados por ellos.

Las violaciones manifiestas de los derechos humanos, constitutivas de crímenes contra la humanidad, conforman el llamado «núcleo duro» del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, amparado por normas de *ius*

cogens. Se trata de hechos especialmente graves, como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, trabajos forzados, 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, dictada en el conocido como «caso Scilingo»).

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) y su Protocolo Facultativo, de 16 de diciembre de 1966 (BOE 2 de abril de 1985); 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) y su Protocolo Facultativo de 18 de diciembre de 2002 (BOE 22 de junio de 2006); 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 1998 (BOE 27 de mayo de 2002); o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE 10 de octubre de 1979).

Al margen de estas graves y manifiestas violaciones, estos y otros Convenios y Tratados obligan también a los Estados al respeto de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en el marco de la actuación de los todos poderes públicos, incluida la administración de justicia.

España ha ratificado la práctica totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos y es referente por el grado de desarrollo de su sistema de protección y garantía. Nuestra Constitución ha acogido expresamente la naturaleza hermenéutica y valor interpretativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su art. 10.2 CE, sin perjuicio de su aplicación directa conforme al art. 96.1 CE y la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*.

El Ministerio Fiscal es aquí, sin duda, una pieza clave y un actor primordial. La específica misión que el art. 124.1 CE le atribuye como valedor de los derechos de la ciudadanía exige que toda su actuación esté presidida por una perspectiva de derechos humanos, por lo que ha de desplegar una actividad particularmente proactiva y diligente en su defensa a fin de reaccionar contra cualquier vulneración de los mismos, así como velar por la protección y efectiva reparación de las víctimas, de acuerdo con las funciones tuitivas que le otorga el art. 3.10 EOMF.

11.1.2 LA MEMORIA DEMOCRÁTICA COMO EXPRESIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La memoria democrática constituye una manifestación específica de los derechos humanos, ampliamente reconocida por los estándares de derecho internacional contemporáneo. En este contexto general se incardinan las obligaciones de nuestro país en la materia.

La Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de noviembre de 2005, que aprueba 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*, recuerda que los procesos de memorialización son también parte del derecho a la reparación. Estos deben incluir 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, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; disculpas públicas, incluido el reconocimiento de los hechos y la aceptación de la responsabilidad; conmemoraciones y homenajes a las víctimas; así como medidas específicas en materia educativa y de formación que incluyan información precisa sobre las violaciones de los derechos humanos.

Por su parte, el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de Naciones Unidas del año 2020 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 huma-

nos, sino que también cumplen con la obligación legal de los Estados de garantizarlos.

El principio de no regresión en relación con los procesos de memoria se recoge asimismo en el informe, que alerta de la necesidad de poner límite a las teorías negacionistas o revisionistas que pretenden negar el alcance de las violaciones del pasado y el daño causado a las víctimas, pues ofenden a la comunidad internacional y vulneran las obligaciones internacionales de los Estados.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación adoptada en París el 17 de marzo de 2006, condenó con firmeza las violaciones de los Derechos Humanos cometidos en España por el régimen franquista. De acuerdo con esta declaración, «[l]a comunidad internacional está tan afectada como España por este problema. La protección de los Derechos Humanos representa uno de los valores universales fundamentales. 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*, 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».

11.1.3 LOS PRINCIPIOS DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

La nueva Ley 20/2022, de 19 de octubre, *de Memoria Democrática* (en adelante LMD) gira en torno a los principios articuladores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de verdad, justicia,

reparación y garantías de no repetición. De acuerdo con su Exposición de Motivos, la ley «persigue preservar y mantener la memoria de las víctimas de la Guerra y la dictadura franquista, a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas, el establecimiento de la justicia y fomento de la reparación y el establecimiento de un deber de memoria de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o totalitarismo».

11.1.3.1 *El derecho a la verdad*

El art. 15 LMD proclama expresamente el derecho a la verdad de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general.

En efecto, existe en el derecho internacional una tendencia clara hacia el reconocimiento del derecho a la verdad en caso 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 este sentido, 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 de conocer la verdad sobre los hechos acaecidos (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 Fasso* (com. 1159/2003) y *Schedko y Bodarenko c. Bielorrusia* (com. 886/1999)].

En la misma línea se ha pronunciado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que, en su *Estudio sobre la verdad*, de 8 de febrero de 2006, lo considera un derecho inalienable, autónomo, inderogable y no sujeto a limitaciones.

Por su parte, 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 como derechos fundamentales «el derecho inalienable a la verdad», el «deber de recordar», el «derecho a saber de la víctima» y las «garantías destinadas a hacer efectivo el derecho a saber» (principios 2 a 5). De acuerdo con este instrumento, el derecho a la verdad constituye una protección

esencial contra la renovación de las violaciones, al tiempo que preserva del olvido a la memoria colectiva de las personas perjudicadas, que pertenece a su patrimonio.

El TEDH ha tenido también la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la verdad –vinculado con el derecho a una investigación efectiva– al afirmar que las graves violaciones de los derechos humanos tienen también incidencia sobre intereses más amplios, ya que afectan a las condiciones de convivencia de la comunidad en su conjunto (STEDH El-Masri c. Macedonia). 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 ha ocurrido (SSTEDH Abu Zubaydah c. Lituania; Asociación «21 de diciembre de 1989» c. Rumanía).

En definitiva, no solo las víctimas, directas o indirectas, de las más graves violaciones de los derechos humanos ostentan el derecho a la verdad, sino que ese interés se extiende a 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 individual, concreta, y una víctima colectiva, difusa, que nos integra a todos nosotros.

11.1.3.2 *El derecho a la justicia*

Íntimamente relacionado con el principio de verdad se encuentra el derecho a la justicia, el cual debe operar con particular rigor cuando nos encontramos ante investigaciones de graves violaciones de los derechos humanos constitutivas de crímenes contra la humanidad o cometidas en un contexto de crímenes contra la humanidad, a fin de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos (SSTC 130/2016 y 224/2017).

En el ámbito del derecho internacional, el derecho a la justicia se conecta con la obligación de investigar a que se refiere el art. 12 de la Convención contra la Tortura y con el derecho a un recurso efectivo que proclaman, entre otros, el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (Resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985) 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 del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005). La Observación n.º 31 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha considerado que el hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación de los derechos contenidos en el PIDCP puede ser de por sí una vulneración del Pacto.

La LMD dedica a la justicia el Capítulo II de su Título II, y declara en su Exposición de Motivos que el derecho a la justicia «habrá de ser garantizado a través de investigaciones públicas que esclarezcan las violaciones de derechos humanos producidas durante la guerra y la Dictadura».

La dimensión del cambio en nuestro sistema interno viene determinada por el deber que el art. 29.1 LMD impone al Estado de investigar las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario ocurridas, específicamente, con ocasión de la guerra civil y la dictadura, así como en el período que va desde la muerte del dictador hasta la entrada en vigor de la Constitución. El legislador es muy consciente del tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos al establecer esta obligación, pues el fin de la investigación aquí trasciende la mera persecución penal: su fundamento es garantizar a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia, así como a la reparación.

Ello nos coloca ante un nuevo escenario que es necesario analizar, en todo caso, desde una óptica integradora de una interpretación con enfoque de derechos humanos y teleológicamente inspirada en los principios vertebradores del derecho internacional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

El Tribunal Constitucional ha venido admitiendo la aplicación del método teleológico en la interpretación de la norma, ya sea de manera expresa o implícita en múltiples resoluciones (SSTC 111/1993, 120/2000, 63/2005, 645/2006).

La ubicación sistemática de los arts. 28 y 29 LMD nos lleva a concluir que la obligación de investigar se incardina en el ámbito de la administración de justicia, que atañe tanto al Poder Judicial como al Ministerio Fiscal, órgano de relevancia constitucional integrado con autonomía funcional en dicho poder (art. 2.1 EOMF), en los términos, con las garantías y con los límites previstos en la Constitución y en el conjunto del ordenamiento jurídico.

La investigación a que alude el art. 29.1 LMD ha de entenderse necesariamente referida a la jurisdicción penal, más aún cuando el

objeto de dicha investigación se circunscribe a las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario producidas en el marco temporal que se señala y, por ello, a hechos *prima facie* delictivos y tributarios, por su propia naturaleza, de una investigación penal. De hecho, este criterio fue el establecido por la Circular FGE 2/2012, de 26 de diciembre, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos*.

Desde el punto de vista de una interpretación sistemática, se observa que el legislador ha querido referirse específicamente a la jurisdicción civil en apartado diferenciado del precepto, al garantizar también la tutela judicial a través del nuevo expediente de jurisdicción voluntaria relativo a declaraciones judiciales sobre hechos pasados (arts. 80 bis y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de Jurisdicción Voluntaria*, introducidos por la disposición final tercera LMD) y, en el apartado tercero, a las inscripciones de defunción de las personas desaparecidas como consecuencia de la guerra y la represión de la dictadura.

Asimismo, la LMD aborda la investigación desde otros prismas ajenos a la justicia, como el científico e histórico (art. 15.2), el de las incautaciones de bienes (art. 31), el académico (art. 45), sobre el exilio (art. 46.1), sobre la contribución de las mujeres al ámbito de la memoria democrática (art. 46.2) o el de la divulgación, el reconocimiento y la reparación simbólica (art. 48.3).

Derivado de lo expuesto ha de inferirse que las diferentes vías de investigación que se pueden derivar de la aplicación de la LMD ni son excluyentes ni son incompatibles con una investigación de carácter penal.

Este deber legal de investigar no tiene *per se* naturaleza sustantiva ni sancionadora; sus efectos se despliegan en el plano estrictamente procesal, pues el derecho de las víctimas a la justicia y a la investigación de las violaciones de los derechos humanos producidas en un contexto de crímenes contra la humanidad lo que implica es, en realidad, un principio *pro actione* reforzado, un *ius ut procedatur* intensificado, cuando se dan estas condiciones.

En virtud de todo ello, una vez adquirido el conocimiento de la perpetración de hechos que constituyan graves violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, procede impulsar aquellas investigaciones que sean necesarias para identificar a las víctimas, determinar las circunstancias de los hechos, su contexto, autoría, posibles patrones de conducta y cuantos otros elementos resulten relevantes para garantizar una investigación efectiva, 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). Un archivo liminar, pues, sin actuación investigadora previa, vaciaría de contenido la propia previsión legal del art. 29.1 LMD.

11.1.3.3 *El derecho a la reparación*

El principio de reparación es otra de las piedras angulares del sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tanto es así que, de conformidad con la Observación General n.º 31 del Comité de Derechos Humanos, si no se da reparación a las víctimas de estas violaciones, queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos.

De acuerdo con la ya citada Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, la reparación es una denominación general que engloba diferentes formas de resarcimiento del daño y que comprende, siempre que sea posible, la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, incluyendo «[u]na declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella» [párrafo 22.d)].

El derecho a la reparación, por tanto, comprende no solo medidas de naturaleza material y/o puramente resarcitoria, sino también de carácter simbólico, mediante el reconocimiento de la condición de víctima, la revelación y público conocimiento de los hechos ocurridos y el restablecimiento de la dignidad y honor.

La LMD declara aplicables a las víctimas del art. 3 las previsiones de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, (en adelante, EVD) en cuanto sea procedente. La específica misión de protección de las víctimas que al Ministerio Fiscal le confieren los arts. 124 CE y 3.10 EOMF le impone el deber de velar por sus derechos, entre otros, el derecho a la información a que se refiere la Instrucción FGE 8/2005, de 26 de julio, *sobre el deber de información en la tutela y protección a las víctimas en el proceso penal*.

Con el fin de que el principio de reparación se haga real y efectivo, el Ministerio Fiscal habrá de ser especialmente proactivo a la hora de explorar todas las herramientas que el ordenamiento jurídico ofrece –en particular, el EVD y la LMD– para acompañar a las víctimas y brindarles el mayor grado de satisfacción posible, incluida, como decimos, la reparación simbólica, impulsando o facilitando, asimismo y dentro de sus competencias, la adopción de las medidas reparadoras

procedentes del órgano que corresponda, ya sea este judicial o administrativo.

11.1.3.4 *El principio de no repetición*

La garantía de no repetición es el cuarto pilar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dicho principio obliga a los Estados a adoptar las medidas que fueran necesarias, a nivel normativo, institucional, político o social, tendentes a prevenir la recurrencia de violaciones de los derechos humanos. La no repetición, pues, trasciende 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.

Este es el sentido, por ejemplo, de las recomendaciones, observaciones, dictámenes y resoluciones de los distintos organismos internacionales, cuando plantean a los Estados, de manera general o particular, la adopción de determinadas medidas que impidan la reiteración en la vulneración de un derecho y que garanticen su efectiva protección.

En ocasiones, estas medidas requerirán una modificación legal; 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.

La LMD dedica el Capítulo IV del Título II al principio de no repetición, mediante, entre otros, el establecimiento de un deber de memoria (art. 34), las medidas de conocimiento y divulgación (sección 3.^a), o la creación de Lugares de Memoria Democrática (sección 4.^a).

En este punto, la vocación de esta Unidad se centra, por un lado, en colaborar para que la actuación del Ministerio Fiscal se rija por los más altos estándares internacionales de derechos humanos; por otro, en impulsar institucionalmente, dentro del marco de nuestra competencia, aquellas modificaciones normativas y buenas prácticas precisas para continuar implementando en nuestro país medidas que garanticen el respeto efectivo de los derechos de la ciudadanía en general y de las víctimas en particular, evitando, en la medida de lo posible, cualquier disfunción que pueda implicar un riesgo de vulneración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.