



Asamblea General

Distr. general
23 de diciembre 2014

Español solamente

Consejo de Derechos Humanos

27º período de sesiones

Tema 3 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias

Adición

**Misión a España: Comentarios de España al informe del Grupo de
trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias tras su misión
a España***

* El documento se circula tal como fué recibido.

GE.14-24911 (S)



* 1 4 2 4 9 1 1 *

Se ruega reciclar



Comentarios de España al informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias tras su misión a España.

1. Comentarios generales.

El Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias visitó España del 23 al 30 de septiembre de 2013, visita que contó con el apoyo del Gobierno español, incluyendo el apoyo logístico necesario. El Gobierno español agradece la visita y el informe que el Grupo de Trabajo ha presentado sobre dicha visita.

El gobierno desea llamar la atención sobre el hecho de que las recomendaciones del Grupo de Trabajo tras su visita a España, aunque muchas y muy variadas, son sustancialmente coincidentes con las realizadas por el Comité de Desapariciones Forzadas, que examinó el primer informe presentado por España en noviembre de 2013. Asimismo, apenas cuatro meses después de la visita del Grupo de Trabajo, visitó España el Relator Especial sobre derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, una parte de cuyo mandato coincide con el del Grupo de Trabajo, y que ha presentado su informe en la misma sesión. Por ello, el estudio y seguimiento por parte de las autoridades españolas de la diversidad de recomendaciones y comentarios emitidos sobre temas en unos casos coincidentes y en otros interrelacionados, necesariamente tiene que tener en cuenta esa diversidad de mecanismos que se han interesado de manera casi simultánea por estas temáticas, y en ocasiones conviene completar estos comentarios con la lectura de la reacción a dichos informes.

2. Competencia.

El Gobierno de España desea, en primer lugar, hacer una serie de observaciones relativas a la competencia del Grupo de Trabajo, tanto desde el punto de vista material como temporal.

Desde el punto de vista temporal, el Grupo de Trabajo insiste en referirse a las graves y masivas violaciones a los derechos humanos que se produjeron durante la guerra civil y el franquismo. En su informe parece estar latente la idea de que en la guerra civil no hubo más víctimas que las que también lo fueron de la dictadura y el franquismo, cuando si algo caracteriza el “holocausto español”, en expresión de Paul Preston, es que el odio y el exterminio fueron una constante en ambos bandos. Al referirse a la Guerra civil y al franquismo como si se tratase de un fenómeno ininterrumpido, el Grupo de Trabajo se atribuye una competencia para el examen de los hechos del pasado que de otro modo no tendría. Es pacífico entender que la competencia de los órganos de Naciones Unidas en ningún caso se extiende a los hechos que han tenido lugar antes de la propia existencia de la organización internacional. Desde esta óptica, es evidente que los crímenes que se produjeron durante la guerra civil quedarían fuera, como el propio Grupo ha admitido al no aceptar comunicaciones individuales iniciadas antes de 1945. Sólo si se establece una continuidad con las violaciones que se produjeron durante la dictadura, el GT puede considerarse competente para examinarlos. Este punto de partida sería sin embargo falaz, pues si bien es cierto que durante la guerra civil y sobre todo en su inicio se produjeron numerosos casos de desaparición forzada, es más dudoso que este fenómeno se mantuviese como un hecho continuado y masivo una vez finalizada y sobre todo más allá de 1945 cuando se produjo la constitución de las Naciones Unidas.

Desde el punto de vista material el informe del Grupo de Trabajo se refiere a una pluralidad de violaciones de muy diverso tipo ocurridas en España durante la Guerra civil y el franquismo. Es decir, desde 1936, hasta 1975. Desde el punto de vista material, es obvio

que la competencia del GT se circunscribe a los casos de desaparición forzada, excluyendo cualquier otra violación de los derechos humanos, por grave o sistemática que pueda ser. En la Guerra civil (en ambos bandos) se produjeron numerosas violaciones de derechos humanos y de muy diverso tipo. Hubo casos de desapariciones forzadas (“paseos” y “sacas”), pero esta no fue la única forma de violación de los derechos humanos, ni los desaparecidos y sus familiares las únicas víctimas. Al contrario, muchos murieron en el frente, otros fueron objeto de ejecuciones sumarias y, además, se produjeron crímenes de guerra contra la población civil. Distinguir cada uno de estos supuestos es importante pues el Grupo de Trabajo carece de competencia para abordar indiscriminadamente el examen de los crímenes que se produjeron durante la guerra civil.

Conviene igualmente señalar la falta de rigor histórico de las cifras que se manejan en el informe: 114.226 víctimas de desaparición forzada entre 1936 y 1951; y más de treinta mil niños hijos de detenidos republicanos que habrían sido objeto de un secuestro sistemático. La guerra civil española es, probablemente, una de las más estudiadas de la historia, las víctimas están contabilizadas en diversos estudios y si se habla de alrededor de trescientas mil víctimas, resulta muy dudoso que prácticamente la mitad se correspondan con desaparecidos y que los soldados y milicianos muertos en el frente o la población civil que fue víctima de los bombardeos contabilicen un número equivalente al de los desaparecidos. La cifra de más de treinta mil niños dados en adopción irregular también debe considerarse con muchas reservas y, más aún, que se mezcle este fenómeno con el robo de niños y adopciones irregulares que se produjeron entre los años sesenta y el comienzo de la democracia.

Dentro también de estas observaciones relativas a la competencia del Grupo de Trabajo, hay que mencionar también que el Grupo de Trabajo insiste en pronunciarse en su informe sobre la institución nacional de derechos humanos de España, el Defensor del Pueblo, poniendo en duda su independencia. Como ya se comunicó al transmitir al Grupo los errores fácticos existentes en el primer borrador del informe, el Defensor del Pueblo, como institución nacional de derechos humanos de España ha recibido ya en tres ocasiones del Comité de Acreditación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos la máxima calificación posible de conformidad con los Principios de París (status “A”), por lo que las dudas del Grupo de Trabajo podrían quizá dirigirse a dicho Comité de Acreditación.

Finalmente, el Grupo de Trabajo incluye entre sus recomendaciones una referencia a la reforma de la jurisdicción universal en España, a través de la reciente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ni la Declaración de Naciones Unidas sobre las desapariciones forzadas ni el Convenio sobre el mismo tema contemplan ninguna obligación en relación con el reconocimiento de la propia competencia de los tribunales para conocer los hechos cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional. Por ello, consideramos que de nuevo esta materia escapa a la competencia del Grupo de Trabajo.

3. Comentarios al párrafo 12 (también recomendación §67.II) referidos al habeas corpus en estados de excepción y de sitio.

Agradeciendo las modificaciones realizadas por el Grupo en la primera versión del informe, se desea incluir los comentarios explicativos siguientes.

La Constitución española, al igual que la totalidad de las Constituciones democráticas debe prever mecanismos para la salvaguarda del orden jurídico y político y la protección de los derechos fundamentales también en estados de anormalidad de la vida social o política. Estos mecanismos no son una limitación o excepción en el reconocimiento y disfrute de los derechos fundamentales, son una suspensión justificada por la necesidad de atender determinadas situaciones transitorias, excepcionales e imprevistas que podrían poner en

peligro el ordenamiento constitucional o suponer un riesgo para el normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Estos estados de anormalidad en la vida constitucional se caracterizan por:

1. Tratarse de un derecho transitorio, aplicable únicamente mientras dura la alteración del orden social.
2. Su finalidad se consume en la propia superación del estado de alteración.
3. Como toda norma excepcional, sus presupuestos de hecho y sus determinaciones han de ser interpretados restrictivamente.
4. Los poderes excepcionales que otorga no pueden ser ilimitados: sigue operando el Estado de Derecho, pues el ejercicio de las facultades extraordinarias debe sujetarse al ordenamiento jurídico que lo legitima.
5. El ejercicio de estos poderes debe ser proporcional a la situación que trata de subvenir.

La Constitución regula el Derecho de excepción en sus art. 55.1 y 116. El art. 116.1 remite el desarrollo normativo de los estados de alarma, excepción y sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes, a lo que disponga una ley orgánica. Esta es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Según la Ley Orgánica, la declaración de estos tres estados procede cuando las circunstancias extraordinarias hacen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes (art. 1.1). Por tanto, si no concurren tales circunstancias extraordinarias, cuya verificación corresponde a los tribunales, la declaración puede ser considerada nula.

Los tres estados son **temporales**, por lo que las medidas a adoptar en cada uno de ellos, así como la duración de los mismos, han de ser en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y en todo momento acordadas en forma proporcionada a las circunstancias (art. 1.2). Se encuentran aquí reflejados los principios de temporalidad y de proporcionalidad de cada estado.

Conviene en este punto realizar dos precisiones:

- El procedimiento de habeas corpus no es en sí mismo un derecho fundamental, sino una garantía formal e instrumental que permite el control judicial de la legalidad de la detención. Es decir, permite el control jurisdiccional de que la detención respeta el contenido del derecho fundamental consagrado en el art. 17 de la CE (libertad y seguridad). Tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional: "El procedimiento de habeas corpus supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la CE, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considera está privada de libertad ilegalmente." (Ss.TC 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3º y 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4º).
- La Constitución Española (art. 55 y art. 116) y la Ley Orgánica 4/1981 no prevén la restricción o suspensión de la posibilidad de solicitar el procedimiento de habeas corpus. Es más, el art. 16 de la LO 4/1981 prevé para el estado de excepción que, detenida una persona, la detención habrá de ser comunicada al Juez competente en el plazo de veinticuatro horas. Durante

la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación del detenido.

Debe señalarse que desde la promulgación de la Constitución en 1978, sólo se ha utilizado la declaración del estado de alarma en una ocasión. El recurso a estos estados de anormalidad (gravísimos atentados terroristas o catástrofes naturales o alimentarias) se ha evitado, apelando siempre al instrumento del Real Decreto Ley para atender situaciones en casos de "extraordinaria y urgente necesidad" (Art. 86.1 de la CE). Y cabe en este punto destacar que precisamente el instrumento del Real Decreto Ley tiene vedada la posibilidad de regular los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en el Título I de la CE.

Como se adelantaba, sólo en una ocasión se ha hecho uso del instrumento del estado de alarma. Mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, que tuvo como finalidad la recuperación de la normalidad en la prestación del servicio público esencial del transporte aéreo ante el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito que provocó el cierre del espacio aéreo español, afectando a un elevado número de ciudadanos y causando graves perjuicios. Obsérvese cómo en esta ocasión, el estado de alarma no tuvo como finalidad la limitación de derecho alguno de los controladores, sino que pretendió salvaguardar el derecho fundamental a la libre circulación (consagrado en el art. 19 de la CE) de millones de españoles que, a causa de una situación excepcional, sobrevenida, imprevista e insuperable de otro modo, quedaron aislados en varios aeropuertos en el inicio de un período vacacional.

4. Párrafos referidos a la atención de las demandas de información sobre el paradero de personas desaparecidas.

La División de Derechos de Gracia y otros Derechos asume desde inicios del año 2012 las funciones encomendadas a la extinta Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura. No se ha suprimido ninguna competencia de tal Oficina en el marco de la Ley 52/2007, conocida como Ley de Memoria Histórica (LMH), sino que su personal, sus medios y sus funciones pasaron íntegramente a la mencionada División. De esta forma, este departamento de derechos de gracia y otros derechos asume numerosas funciones en materia de Memoria Histórica. Entre ellas, se sigue informando a los interesados e investigando sobre desaparecidos, desarrollando su labor a través de los archivos y fuentes documentales obrantes en las distintas instituciones del Estado. Desde ella se focaliza la actuación de la Administración General del Estado (AGE) que es complementaria de la llevada a cabo por otras Administraciones Autonómicas.

En el ámbito de la LMH, la División de Derechos de Gracia y otros Derechos ejerce funciones en relación con:

- Mapa de Fosas: el Ministerio de Justicia gestiona, mantiene y actualiza un Mapa de Fosas de la Guerra Civil que es accesible al público, con valiosa información sobre la localización de las fosas y exhumación de las mismas. Actualmente, se recogen en tal Mapa hasta 2.382 Fosas, las cuales se reparten por todo el territorio nacional.
- Atención ciudadana: el Ministerio de Justicia mantiene abiertos diferentes cauces de información para las víctimas, familiares y asociaciones, que tratan de resolver cuantas cuestiones surjan en torno a la aplicación de la LMH y actuación al respecto por parte del conjunto de las Administraciones Públicas.

- Prestaciones económicas: el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas coordina dos Comisiones, a las que asiste el Ministerio de Justicia, para el estudio y concesión de diferentes subvenciones a víctimas de la Guerra Civil y la dictadura, como es la Comisión de Ex-presos Sociales (para la subvención a personas que padecieron prisión por su condición sexual) y la Comisión del artículo 10 de la LMH (para la subvención a personas fallecidas por la defensa de la democracia durante la dictadura).
- Declaraciones de Reparación y Reconocimiento Personal: estas declaraciones de reparación se relacionan con los principios de reconocimiento general a las víctimas, que recoge el artículo 2 de la LMH, que realiza una proclamación general del carácter radicalmente injusto de todas las condenas y sanciones producidas, por motivos inequívocamente políticos o ideológicos, durante la Guerra Civil y la Dictadura, proclamación que se complementa con la declaración, en el artículo 3, de la ilegitimidad de los tribunales constituidos durante la Guerra Civil y, en todo caso, del Tribunal de 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 o de creencia religiosa, creados con vulneración de las más elementales garantías del derecho a un proceso justo. Ya se han expedido más de 1.600 Declaraciones.
- Base de Datos de españoles fallecidos en campos nazis: se trata de una aplicación accesible desde la página web del Ministerio de Justicia, que recoge la información sobre los 4.400 españoles fallecidos en los campos de concentración nazis de Austria y Alemania. Una herramienta de alto interés tanto para investigadores como para ciudadanos. Desde su lanzamiento, esta base de datos ha permitido ofrecer a la sociedad una valiosa información, después de un importante trabajo de recopilación, ordenación y digitalización por parte del Ministerio de Justicia. Se ha conseguido recopilar nombre, apellidos, fecha de nacimiento, lugar de nacimiento y lugar de fallecimiento de los españoles que perecieron en los campos nazis de Austria y Alemania.

5. Párrafo 27 (también referido a §64 y recomendación §67.w) sobre dotación presupuestaria para la Ley de la Memoria Histórica.

En lo que respecta a la dotación presupuestaria para la Ley de Memoria Histórica, debe mencionarse que durante los últimos años, como menciona el párrafo 26 del informe, se han destinado más de 25 millones de euros a las asociaciones de memoria histórica para numerosas labores, entre ellas, las de exhumación de fosas de la Guerra Civil. Actualmente, las medidas de contención del gasto público que imperan en la Administración General del Estado no han hecho posible la apertura de estas líneas de financiación.

6. Párrafo 35 sobre el servicio de información a afectados por sustracción de niños.

Indica el informe del grupo de trabajo que ha constatado los obstáculos en la documentación de casos de niños y niñas robados, la escasa eficacia de las medidas de investigación y que la base de datos de ADN no cuenta con suficientes muestras genéticas a pesar del gran universo de potenciales víctimas y casos denunciados. Al respecto, debe manifestarse que con la creación de un Servicio de información a afectados por posibles sustracciones de recién nacidos, coordinado por el Ministerio de Justicia, se facilita a las personas afectadas el acceso a la documentación e información obrante en poder de la

Administración y se crea un fichero de perfiles genéticos obtenidos a partir de los informes genéticos aportados por las personas afectadas o a partir de los archivos electrónicos obtenidos por laboratorios ajenos al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF), con el propósito de incorporarlos a una base de datos única que permita que todas las personas implicadas puedan ser cotejadas para verificar la existencia de compatibilidades genéticas de las que puedan revelarse indicios de relaciones familiares biológicas (procedimiento de actuación sin coste alguno para la persona afectada). Previamente a la incorporación de los perfiles a la base de datos, el INTCF valida técnicamente los informes genéticos recabados, comprobando que cumplen con los requerimientos científicos mínimos para garantizar la máxima calidad pericial.

Para facilitar la actuación de este Servicio, el Ministerio de Justicia suscribió el 26 de febrero de 2013 un “Acuerdo de colaboración con el Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, el Ministerio del Interior y la Fiscalía General del Estado, para el desarrollo de actuaciones en el ámbito del servicio de información a afectados por posibles sustracción de recién nacidos”, que tiene por objeto establecer un marco de colaboración para el intercambio de datos obrantes en cada departamento y/o sus organismos, con la finalidad de facilitar el acceso a los datos por los afectados. Se celebran periódicamente reuniones de la Comisión de Seguimiento y control del Acuerdo, en las que se decide sobre la adopción de medidas para reforzar la colaboración y procurar el éxito en el hallazgo de la documentación, tratando de remover los obstáculos que puedan dificultarlo.

No obstante estas actuaciones y la vocación de ayuda y respaldo a los afectados por la que se creó la Oficina de información y se suscribió el Acuerdo de colaboración, lo cierto es que en el año de funcionamiento del mismo, se encuentran en tramitación administrativa tan sólo 273 expedientes (iniciados por los afectados que así lo han decidido). Lamentablemente es una cifra ciertamente baja para las expectativas que se tenían sobre un servicio tan demandado por los afectados.

7. Párrafo 36 (y recomendación § 67z) sobre las recomendaciones de la Comisión de Expertos para el Valle de los Caídos

Se agradecen las modificaciones incluidas en la versión final del informe en el párrafo referido a esta cuestión, sobre la que conviene pese a ello hacer las siguientes matizaciones. Surgen dos cuestiones fundamentales en relación a la Comisión de Expertos para el Valle de los Caídos: por un lado, la protección histórica, arquitectónica, artística y natural del Valle y su conjunto, y por otro lado, el contenido simbólico del Valle.

En lo referente a la primera cuestión, el Gobierno trabaja para evitar el deterioro del conjunto artístico y natural: así lo expuso la Comisión de Expertos en su recomendación número 22, y así lo constata la realidad. Aunque también debe reseñarse que la misma Comisión reconoció que las posibles actuaciones sobre el Valle de los Caídos requieren un desembolso económico, el cual no es aconsejable realizar en momentos de restricciones presupuestarias. La principal dificultad deviene de las canalizaciones de agua, y el problema que ello ocasiona tanto en el conjunto arquitectónico como en los osarios, haciendo muy compleja la identificación de las víctimas aún no reconocidas. El Gobierno ha realizado numerosas intervenciones de reparación en este sentido para la protección del conjunto, como reparaciones en cubiertas, paramentos y canales de agua; además, se ha reforzado la protección de la escultura de La Piedad, se ha reparado la tapia perimetral de la finca y se ha trabajado igualmente para preservar el ecosistema de este Espacio Natural.

En los dos últimos años, se han desembolsado más de seiscientos mil euros en las actividades llevadas a cabo para evitar el deterioro del Valle de los Caídos.

En lo referente al valor simbólico del Valle, nos encontramos ante una cuestión que debe tomarse con cautela y con respeto. El informe de la Comisión de Expertos hace un especial hincapié en el amplio consenso que debe existir para actuar sobre el Valle de los Caídos. Ese consenso deberá buscarse para llevar a cabo las actuaciones pertinentes dentro de una iniciativa de carácter político general, y no una actuación aislada de un Gobierno. Todas las fuerzas políticas deben estar dispuestas a buscar un amplio consenso.

8. Párrafos y recomendación sobre la Ley de Amnistía.

En el párrafo 37 del informe se afirma que la Ley de Amnistía y la interpretación judicial dada a dicha Ley han creado un patrón de impunidad para los casos de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura. Sin embargo, el gobierno de España cree que tal afirmación no se ajusta a la realidad. La impunidad tiene lugar cuando quedan sin castigar conductas delictivas como consecuencia de algún defecto en el sistema judicial o como resultado de la deficiente elaboración de la norma o de fraude en su interpretación, o incluso de corrupción de quienes deben aplicarla.

Conviene recordar en este punto la importancia que en la construcción de la España democrática moderna tuvo la Ley de Amnistía de 1977, y su carácter de verdadera seña de identidad de nuestra transición democrática. La Ley de Amnistía fue una Ley emanada de un Parlamento democrático, único órgano legitimado para establecer cuáles son las leyes que deben configurar el ordenamiento jurídico. Fue una ley promulgada con el propósito consciente de cerrar heridas y olvidar la Guerra Civil y las enemistades políticas. Buscó promover una reconciliación que habría de ser pilar y fundamento efectivo del nuevo régimen democrático. La Ley de Amnistía fue una ley formal que extinguió la responsabilidad penal de españoles de todo signo político; un medio para facilitar la transición democrática, y en ningún caso una ley de punto final otorgada por la dictadura para perdonarse a sí misma, sino adoptada por los partidos parlamentarios democráticamente elegidos y plenamente conscientes de la importancia del paso que estaban dando, en todas sus dimensiones.

La ley extinguió la responsabilidad penal tanto de los opositores a la Dictadura como la de los que la defendieron. Tanto en los debates parlamentarios que precedieron la adopción de la Ley de Amnistía, como en las declaraciones de los políticos de los partidos de oposición, y en los análisis políticos que se han hecho a posteriori, se encuentran múltiples referencias a esa voluntad de reconciliación y convencimiento de que sólo a través del olvido, la amnesia y el perdón era posible esa reconciliación. Mucho antes de que se adoptase la Ley de Amnistía, tan atrás como en 1960, las actas del VI Congreso del Partido Comunista de España, entonces todavía ilegal, ya recogían la propuesta de la amnistía general, extensiva a todos, en ambos bandos contendientes.

Conviene aclarar adicionalmente que el Grupo de Trabajo incluye además entre sus recomendaciones en esta materia algunas dirigidas al Poder Judicial. Partiendo de la base de la independencia de los jueces y tribunales y el respeto al principio de legalidad como rasgos esenciales del Estado de Derecho, hay señalar que en el sistema jurídico español, no hay atajos para dar satisfacción a las víctimas al margen del proceso legal y del respeto al sistema de garantías propio del Estado de Derecho. Investigar y juzgar unos crímenes cuando sus responsables o las responsabilidades han prescrito es una pretensión inútil y carente de fundamento legal.

Durante mucho tiempo las víctimas permanecieron inactivas y los procedimientos judiciales no se iniciaron hasta transcurrido demasiado tiempo. Esta falta de diligencia es el principal argumento que ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a desestimar las demandas contra España en varios casos de desapariciones forzadas.

9. Párrafo 47 sobre bebés robados y conexidad delictiva

El párrafo 47 hace alusión a la importancia de que las investigaciones judiciales contemplen las posibles conexiones entre múltiples casos de sustracciones irregulares. Sin embargo, es necesario puntualizar que la existencia de una posible conexidad delictiva entre las denuncias presentadas ya ha sido objeto de estudio por parte de la Fiscalía General del Estado. En enero de 2011, la Fiscalía decidió, por motivos estrictamente técnico-jurídicos, desglosar y remitir las denuncias a las correspondientes Fiscalías de área y provinciales competentes, al entender que no correspondía el conocimiento conjunto de todos los casos. Esta decisión tuvo como fundamento la inexistencia de indicios suficientes para sostener que las sustracciones fueron realizadas de forma concertada, no apreciando por tanto la conexidad delictiva prevista legalmente en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para conocer de todas las denuncias conjuntamente. Por ello, la Fiscalía indicó, en la Circular 2/2012 sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, que los fiscales debían incoar unas diligencias de investigación por cada hecho denunciado. Desde un punto de vista jurídico, es incorrecta la tramitación conjunta de una pluralidad de hechos, cuando no concurren indicios de que los mismos pueden ser conexos.

10. Párrafo 50 sobre colaboración con la Justicia de Argentina.

Tanto el Ministerio de Justicia como los Órganos Judiciales españoles han colaborado con las investigaciones judiciales abiertas en Argentina. En concreto, el Ministerio de Justicia ha dado trámite a todas las solicitudes de auxilio judicial internacional recibidas, siempre que han sido solicitadas sobre la base de los Convenios Internacionales sobre auxilio judicial internacional suscritos por España.

Sin perjuicio por tanto de que dicha colaboración está ya en marcha de acuerdo con los procedimientos de cooperación existentes, conviene aclarar que de nuevo el Grupo de Trabajo incluye una referencia que parece exceder a sus competencias pues habla de la necesidad de colaborar con las investigaciones judiciales que se siguen en Argentina, investigaciones que se refieren a torturas y otras violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar durante la dictadura, pero en ningún caso a desapariciones forzadas que por otra parte, según reconoce el propio Grupo de Trabajo, habrían cesado, como mucho, en 1951.

11. Párrafo 52 sobre concienciación pública y educación en derechos humanos.

Desde el Centro de Estudios Jurídicos se informa de que en el Plan de Formación Continua de Fiscales de 2012 se realizaron 3 actividades formativas de ámbito internacional relacionadas con el principio de Justicia Universal y que abordaron, entre otras cuestiones, estas materias:

1. Annual Conference on the European Union Criminal Justice, en Trier del 11-12 octubre 2012.
2. European Criminal Justice, en Austria 18-19 octubre 2012
3. International Criminal Justice, en París, 12-15 noviembre de 2012.

12. Párrafo 53 sobre el régimen procesal de la detención incomunicada, recogido en el artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal..

El régimen de detención incomunicada se encuentra previsto en la legislación española con carácter excepcional, para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados; que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos (artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En nuestra legislación se regula además, expresamente, la aplicación de este régimen a los casos de detención de personas relacionadas con bandas armadas o terroristas (artículo 520 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal), dada la especial situación de España relacionada con los atentados terroristas cometidos.

En los casos de detención incomunicada, el detenido disfruta de los derechos que se contemplan para los detenidos, con carácter general, como son, el derecho a ser asistido por un abogado, derecho a ser informado de los hechos que se le imputan y de las razones motivadoras de su privación de libertad; derecho de información de los derechos que le asisten y especialmente, derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; derecho a ser reconocido por el médico forense, entre otros (artículo 520). Ahora bien, se contemplan las siguientes limitaciones: el detenido no podrá poner en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en el que se encuentre; el abogado será designado de oficio y no podrá entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

Además, la detención en régimen de incomunicación se encuentra sometida a control judicial. Así, se dispone que esta medida deba ser acordada de forma motivada por el Juez o Tribunal y durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia las diligencias que sean necesarias. Se prevé también que durante la detención, el Juez pueda requerir información en todo momento y conocer la situación del detenido.

En materia de terrorismo, debemos destacar que varios de los juzgados encargados de la instrucción de los delitos de terrorismo aplican actualmente medidas adicionales de garantía consistentes en la grabación de los interrogatorios y la supervisión médica adicional. Estas medidas, fueron protocolizadas a partir de un auto de la Audiencia Nacional de diciembre de 2006 y se han aplicado en numerosos casos de detención incomunicada.

No obstante, el régimen legal de la detención incomunicada, sin duda excepcional, puede ocasionar actuaciones indebidas que deben ser prevenidas. Para ello, han de regularse los mecanismos de control necesarios para evitar que se generen abusos o para que las ilegalidades cometidas, en su caso, sean convenientemente depuradas y esclarecidas. Por ello, en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la que se encuentra trabajando el Ministerio de Justicia, se recogen una serie de medidas de control con las que se pretende garantizar que durante la detención incomunicada no puedan cometerse abusos y actuaciones delictivas. Seguiría siendo una medida excepcional, sometida a control judicial, que no determinaría, obligatoriamente, la suspensión de determinados derechos. Además, el detenido sería asistido cada ocho horas por el médico forense o por otro médico del sistema público de salud, salvo que requiera cuidados médicos más frecuentes y su permanencia en dependencias policiales sería registrada en soporte apto para su reproducción en sonido e imagen.

En cualquier caso, y aunque una reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aún se encuentra en fase de estudio, hay que recordar que se ha aprobado recientemente la Directiva 2013/48/UE, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se

informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; cuyo plazo de transposición vence el día 27 de noviembre de 2016, por lo que se introducirán en tiempo y forma las reformas legales que resulten necesarias al respecto.

13. Párrafo 56 sobre competencias del Defensor del Pueblo:

El informe considera que en la práctica no existe claridad de cómo se resuelve un potencial conflicto de competencia en el caso de violación de los derechos humanos cometida a nivel autonómico donde ambos Defensores (nacional y autonómico) podrían intervenir. A este respecto cabe señalar la existencia de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas. Por otra parte también se desea mencionar la existencia de reuniones anuales de coordinación entre los distintos niveles de Defensores del Pueblo, cuyas conclusiones son objeto de ulterior publicación.

14. Párrafos 67 d a f): recomendaciones sobre la regulación del delito autónomo de Desaparición Forzada.

La recomendación de tipificar con carácter autónomo el delito de desaparición forzada, recomendación compartida por el Comité de Desapariciones Forzadas, se ha incorporado a la reforma del Código Penal que actualmente se discute en el parlamento, lo que sirve para poner de relieve el consenso que existe en nuestro país en dar cumplimiento a los mandatos de la Convención contra las Desapariciones Forzadas.

No obstante, mientras se hace efectiva la reforma, cabe recordar que en el Código Penal vigente, dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual, se contemplan los casos en los que, mediando causa por delito, la autoridad o un funcionario público, acuerda, practica o prolonga cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales (artículo 530 del Código Penal).

Además, en el proyecto de ley de reforma del Código Penal, ya en fase de tramitación parlamentaria, se ha revisado la actual regulación del “delito de detención ilegal o secuestro con desaparición”, con la finalidad de garantizar, en estos casos de extraordinaria gravedad, una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho.

En concreto, se modifica el tipo penal contemplado en el artículo 166 del Código Penal. En este precepto, aunque no se utiliza expresamente el término “desaparición forzada”, tienen cabida las conductas recogidas en el artículo 2 de la Convención Internacional. El tenor literal del precepto, según el proyecto de ley aprobado, sería el siguiente:

<< Artículo 166: El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro.

El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad>>.

La regulación anterior se complementa, en lo que se refiere a conductas penales que responden al concepto de “desaparición forzada” de la Convención, con lo dispuesto en el artículo 167 del Código Penal vigente, en el que se regulan las consecuencias penales que corresponden por la comisión de delitos de detención ilegal o secuestro cometidos por autoridades o funcionarios públicos. Éste precepto dice lo siguiente:

<< Artículo 167: La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años >>.

Situados en el plano de los delitos de lesa humanidad, cometidos por aquellos que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida, el artículo 607 bis, apartado segundo del Código Penal vigente contempla penas de prisión de doce a quince años.

Por tanto, las conductas penales que responden al concepto de desaparición forzada utilizado por la Convención, se encuentran tipificadas en el Código Penal vigente y han sido objeto de revisión en el proyecto de ley que lo reforma. No obstante, como se ha adelantado, se encuentra prevista la incorporación como delito de autónomo durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley.

15. Párrafo 67 i): recomendación sobre la prohibición de proceder a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado con riesgo de desaparición forzada.

Debe señalarse que la legislación española establece ya distintas cautelas en este sentido. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social fija en distintos preceptos la prohibición de que las expulsiones vulneren el principio de no devolución y su suspensión hasta que se resuelva o inadmita a trámite la solicitud de protección internacional, en el caso de que se hubiese presentado.

A este respecto, debe hacerse mención también a la normativa reguladora de la protección internacional, cuya principal norma es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en la que se regulan las condiciones en la que los extranjeros y los apátridas podrán gozar de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria.

16. Recomendaciones sobre archivos y acceso a la información.

Las recomendaciones del Grupo de Trabajo incluyen también una serie de medidas referidas al acceso a los archivos administrativos, muchas de las cuales dependen de la competencia, no del Estado sino de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos, no obstante lo cual, serán debidamente tenidas en cuenta. En todo caso conviene señalar que no existe ningún impedimento legal para acceder a cualquier clase de archivos en relación con los desaparecidos de la guerra civil, por lo que las dificultades a las que alude

el Grupo de Trabajo probablemente sean subsanables con una mejora en la información al público sobre dicho acceso. El Grupo recomienda asimismo poner a disposición del público la base de datos del Juzgado Central de Instrucción nº 5. Conviene aclarar que la causa a la que se refiere el Grupo nunca fue declarada secreta, por lo que cualquier interesado puede acceder a dicha información solicitándolo al secretario judicial, y que por otra parte la sociedad civil ya dispone de ella, entre otras razones porque muchas de las organizaciones de sociedad civil relacionadas con la memoria histórica, así como particulares, se personaron en la causa y tuvieron acceso a esa información.

17. Párrafos 67 s) y t): recomendación sobre banco de ADN.

El informe solicita el fortalecimiento de los esfuerzos en la identificación de niños, así como garantizar que el banco de datos de ADN integre muestras de todos los casos denunciados tanto en vía administrativa como judicial. Sin embargo, cabría puntualizar que no deben generarse expectativas de resultados a corto plazo, máxime dado el carácter multidisciplinar del problema que plantean las sustracciones de recién nacidos. La identificación depende de una labor institucional, pero también de la necesidad de que los afectados y las asociaciones que les representan acudan a recabar la ayuda que le brinda la Administración. Estos objetivos llevan un tiempo y no pueden tener una eficacia más que a medio-largo plazo, al depender de múltiples factores.

En relación al banco de datos, la Orden JUS/2146/2012, de 1 de octubre, estableció la creación del fichero: «Perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos», gestionado por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF), con la finalidad de identificar relaciones de parentesco genético entre personas afectadas por posible sustracción de recién nacidos, siempre con su consentimiento expreso.

Con este fichero se pretendió evitar la actual dispersión de los datos de ADN mediante la centralización de todos los perfiles genéticos-tanto los generados en laboratorios privados, como los generados en el INTCF en el curso de investigaciones ordenadas por fiscales y jueces- en una única base de datos de ADN, para asegurar que se realicen todos los cruces entre los miembros familiares de los distintos índices y así lograr el mayor grado de éxito en cada búsqueda.

18. Párrafo 67 hh): recomendación sobre auxilio judicial

Las autoridades españolas han prestado su colaboración y auxilio en lo que respecta a los procedimientos penales relativos a desapariciones forzadas incoados por otros países, siempre que han sido solicitadas sobre la base de los Convenios Internacionales sobre auxilio judicial internacional suscritos por España.

19. Párrafo 67 ii) sobre enseñanza y formación personal militar, de policía y personal que intervenga en custodia personas privadas de libertad.

Tras la visita del grupo de trabajo, se va a incluir en la asignatura de Derecho Humanitario que se imparte en las Academias Militares, tanto la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, como la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas.

De manera general, y en materia de formación de funcionarios públicos, hay que añadir que que en el curso del proceso anual de revisión de los planes de estudio de la formación inicial y continua de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como de la Carrera

judicial, se valorará la inclusión en los mismos de las materias mencionadas por el Grupo de Trabajo.

20. Párrafo 67 kk): recomendación sobre procedimientos de extradición, devolución y expulsión.

Las autoridades competentes españolas valoran escrupulosamente y de manera individual todas las solicitudes de extradición, devolución y expulsión recibidas, garantizando el pleno respeto a los Convenios Internacionales sobre la materia suscritos por España.
