



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

I. Marco Normativo.

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

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

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

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

En este contexto se hace necesario precisar que:

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

Ello debe ser completado con lo establecido en el artículo 35 de la Convención: *“1. La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención.*

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

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

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

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

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

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

Y el segundo:

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



Consejo Fiscal

Vocales

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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

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

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

II. Modelo de Investigación.

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

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

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

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

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

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

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

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

Vocales electivos
por la lista de la Asociación de Fiscales

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

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

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

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

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

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

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

III. Conclusiones.

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

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

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



Consejo Fiscal

Vocales

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

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

En Madrid, a 29 de abril de 2021

Los Vocales electivos de la lista de la Asociación de Fiscales

Concepción Talón Navarro

Juan Andrés Bermejo Romero de Terreros

Juan Francisco Ríos Pintado

María Rosario Lacasa Escusol

María Rosa Rubio Ramos