

Las fosas de Franco y la *diligencia debida* del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Miguel Ángel Rodríguez Arias.

mangel.rodriguez@uclm.es

Instituto de Derecho penal europeo e internacional.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real.

Universidad de Castilla-La Mancha.

Estas son las normas con que me propongo hacer la grandeza de Tebas, y hermanas de ellas las órdenes que hoy he mandado pregonar a los ciudadanos sobre los hijos de Edipo: a Etéocles, que luchando en favor de la ciudad por ella ha sucumbido, totalmente el primero en el manejo de la lanza, que se le entierre en una tumba y que se le propicie con cuantos sacrificios se dirigen a los mas ilustres muertos, bajo tierra; pero a su hermano, a Polinices digo, que, exiliado, a su vuelta quiso por el fuego arrasar, de arriba a abajo, la tierra patria y los dioses de la raza, que quiso gustar la sangre de algunos de sus parientes y esclavizar a otros; a éste, heraldos he mandado que anuncien que en esta ciudad no se le honra, ni con tumba ni con lágrimas: dejarle insepulto, presa expuesta al azar de las aves y los perros, miserable despojo para los que le vean. Tal es mi decisión: lo que es por mi, nunca tendrán los criminales el honor que corresponde a los ciudadanos justos;

(...)

Y, pues, exaltadora de nombres, la Victoria ha llegado a Tebas rica en carros, devolviendo a la ciudad la alegría, conviene dejar en el olvido las lides de hasta ahora, organizar nocturnas rondas que recorran los templos de los dioses todos; y Baco, las danzas en cuyo honor conmueven la tierra de Tebas, *que él nos guíe.*

Antígona, Sófocles.

I. La desaparición forzada como flagelo de la humanidad: De la *guerra total* contra la población civil española a la *guerra de baja intensidad* en América Latina. **II.** La histórica sentencia *Velásquez Rodríguez contra Honduras* y el principio de diligencia debida del Estado ante la desaparición forzada. **III.** El caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*: la obligación de exhumar los restos mortales y el reconocimiento de los familiares como víctimas de la desaparición forzada. a) La obligación del Estado responsable de devolver los restos mortales a los familiares. b) La ampliación de la posición de víctima ante el sufrimiento de los familiares privados de los restos mortales y del derecho a conocer la verdad. c) La difusión de la propia sentencia como forma de desagravio. **IV.** Bastante más allá de la condena moral: El caso *Molina Theissen contra Guatemala* y el mandato judicial de crear una Base Nacional de Datos Genéticos. a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables. b) Obligación de buscar los restos mortales de la víctima y entregarlos a sus familiares como garantía de no repetición. c) Designación de un centro educativo con el nombre de los desaparecidos como forma adicional de homenaje y desagravio. d) El mandato judicial de creación de una Base Nacional de Datos Genéticos. **V.** El caso *Serrano Cruz contra El Salvador*: el mandato judicial de crear un organismo gubernamental de búsqueda de los desaparecidos. a) Creación de una Comisión Nacional de búsqueda de los desaparecidos plenamente participada en su funcionamiento por la sociedad civil. b) Creación de una página web informativa y de búsqueda. c) Designación de un día nacional dedicado a los desaparecidos durante el conflicto armado interno y otras medidas de desagravio. d) Deberes de efectiva asistencia médica y psicológica a los familiares. **Conclusiones.**

* Versión preliminar del estudio que, con el mismo título, fue publicado en el número 60 de la revista *Jueces para la Democracia*, de noviembre de 2007; El autor quiere dedicar el artículo a la memoria del profesor Marino Barbero, jurista comprometido con la defensa de la democracia y los derechos humanos en España y la abolición de la pena de muerte.

I. La desaparición forzada como flagelo de la humanidad: De la *guerra total* contra la población civil española a la *guerra de baja intensidad* en América Latina.

El surgimiento en el siglo XX de la cuestión de la denominada “frontera ideológica”, o el cambio de planteamiento estratégico militar basado en el control territorial de posiciones geográficas para pasar a aquel otro del sometimiento a control a la propia población, – a los sectores con capacidad de disidencia organizativa, política o de cualquier otra índole – y el empleo de la desaparición forzada como instrumento para ello, ha venido siendo circunscrita en distintos análisis a los conflictos producidos desde la década de los sesenta en el continente americano en lo que se dió en llamar “guerra de baja intensidad”; “baja intensidad” respecto la menor cuantía de los recursos militares a movilizar gracias al empleo auxiliar del terror como factor paralizador, ya que no, ciertamente, respecto el daño social resultante.

Si bien, más ampliamente, nos cabrá retrotraer en realidad su origen a un contexto histórico anterior y, – terminológicamente al menos – opuesto a dicha nomenclatura de “baja intensidad”, el de la “guerra total” europea de los treinta-cuarenta en sus dos actos peninsular-mundial¹; y ello aún si la base será el mismo fundamento: valerse del terror como recurso auxiliar ante la necesidad, por parte de las fuerzas nazi-franquistas-fascistas del eje, de controlar la retaguardia de los territorios respectivamente ocupados sin sustraer para ello altas cantidades de tropas y suministros de los frentes dónde se venía desplegando el esfuerzo bélico principal. En el segundo de dichos actos mediante el conocido *Nacht und Nebel Erlass*, o “Decreto noche y niebla”, mientras que, en el caso de la guerra contra la población civil española para el derrocamiento del régimen constitucional republicano, será expresión, a su vez, de una diferente forma de hacer la guerra de un determinado sector del ejército, la denominada “escuela africana”. Los textos y proclamas públicas de destacados miembros del organigrama militar nazi y franquista como el Mariscal Keitel o los Generales Mola y Queipo de Llano, entre otros, dejarían claro testimonio de todo ello²; en el caso de las

¹ Así, en palabras de la reciente e histórica condena de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a la dictadura franquista, de 17 de marzo de 2006, en su pto. 55: “La guerra civil española fue una guerra total. El bombardeo de la ciudad vasca de Guernika por la Legión Cóndor, tema de un célebre cuadro de Picasso, anticipó los momentos más negros de la Segunda Guerra mundial”.

² Conforme lo ordenado por Keitel el 23 de julio de 1941: “A la vista de la gran extensión de las áreas ocupadas en el Este, las fuerzas disponibles para establecer la seguridad en el área sólo serán suficientes si toda resistencia es castigada, no dentro de un procesamiento legal de los culpables, sino a través de la diseminación de tal terror por las fuerzas armadas que toda pretensión de resistencia del pueblo sea erradicada (...)”, Vid. *Case no. 72, The German High Command Trial of Wilhelm Von Leeb and thirteen others*, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30th december. 1947 - 28th october, 1948, part II, pág. 21, Genocide Documentation Centre, <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/ghctrail2.htm>, source: *Law-Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission*, Volume XII, London, HMSO, 1949; junto a todo ello véase igualmente una versión íntegra de las *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten vom 7 Dezember 1941* así como su completa *Erste Verordnung*, entre las últimas publicaciones en la materia, en: KEITEL, H.J. [Hrsg.] (2002): *Keitel in Nürnberg*, Verlag S. Bublies, Schnellbach, págs. 316 y ss; En cuanto a la intencionada instrumentalización del terror como parte de la guerra total en el caso español, y en palabras de Mola: “*Se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo[...] serán encarcelados todos los directivos de los partidos políticos, sociedades o sindicatos no afectos al Movimiento, aplicándoles castigos ejemplares a dichos individuos para estrangular los*

soflamas radiofónicas de este último, “un hombre cuyas emisiones radiofónicas nocturnas alentaban el asesinato y la violación” como lo calificará PRESTON³, en términos especialmente evocadores, además, de otros casos más recientes, como la condena en el 2000 de Georges Henry Joseph Ruggiu por su incitación, desde la *Radio Télévision Libre des Mille Collines (RTL)*, a la milicia *Interahamwe* a perpetrar ejecuciones extrajudiciales y crímenes contra los perseguidos en el genocidio de Ruanda⁴.

Y así no se tratará de que la desaparición forzada de personas fuese una exclusiva del pasado siglo XX pero sí que lo sería su puesta en práctica con un tal alcance masivo, sistemático y reiterado, *su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas sino, también, un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor*; tal será, justamente, el elemento que hará de la desaparición forzada una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral⁵.

De este modo Keitel sería la primera persona condenada por un tribunal internacional por una tal práctica sistemática de desaparición forzada de personas *en la noche y la niebla*, si bien como en aquella época todavía no se había aceptado que las desapariciones forzadas formaban parte del concepto de crímenes de *lesa humanidad*, el

movimientos de rebeldía o huelgas. En este trance de la guerra yo ya he decidido la guerra sin cuartel. A los militares que no se hayan sumado a nuestro Movimiento, echarlos y quitarles la paga. A los que han hecho armas contra nosotros, contra el ejército, fusilarlos. Yo veo a mi padre en las filas contrarias y lo fusilo. *Cualquiera que sea abierta o secretamente defensor del Frente Popular, debe ser fusilado [...]* Hay que sembrar el terror; dejar sensación de dominio eliminando sin escrúpulos ni vacilación a todos los que no piensen como nosotros”. General Mola, sublevado contra la Constitución española el 18 de julio de 1936, vid. SILVA, Emilio y MACÍAS, Santiago (2003): *Las fosas de Franco, los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Temas de Hoy, Madrid, pág. 131., cursivas propias. Sobre el alcance de la estrategia de terror y la guerra total véanse entre los últimos estudios: ESPINOSA MAESTRE, F. (2006): *La justicia de Queipo. Violencia selectiva y terror fascista en la II División en 1936: Sevilla, Huelva, Cádiz, Córdoba y Badajoz*, Crítica, Barcelona, así como el propio prólogo de Paul Preston; ESPINOSA MAESTRE, F. (2003): *La columna de la muerte, el avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*, Crítica, Barcelona; NERÍN, G (2005): *La guerra que vino de África*, Crítica, Barcelona.

³ *La Justicia de Queipo*, ob cit, pág. 9. Y así, entre sus alocuciones más conocidas, en si misma ilustrativas de la impactante realidad concreta del concepto de guerra total contra la población civil y la génesis de los miles de fosas que, impunemente, aún salpican nuestro territorio: “Yo os autorizo a matar como a un perro a cualquiera que se atreva a ejercer coacción ante vosotros: Que si lo hicieréis así, quedaréis exentos de toda responsabilidad. ¿Qué haré? Pues imponer un durísimo castigo para callar a esos idiotas congéneres de Azaña. Por ello faculto a todos los ciudadanos a que, cuando se tropiecen a uno de esos sujetos, lo callen de un tiro. O me lo traigan a mí, que yo se lo pegaré. Nuestros valientes legionarios y regulares han enseñado a los rojos lo que es ser hombre. De paso también a las mujeres de los rojos, que ahora por fin han conocido hombres de verdad, y no castrados milicianos. Dar patadas y berrear no las salvará. Ya conocerán mi sistema: por cada uno de orden que caiga, yo mataré a diez extremistas por lo menos, y a los dirigentes que huyan, no crean que se librarán con ello; les sacaré de debajo de la tierra si hace falta, y si están muertos los volveré a matar”. General Queipo, sublevado contra la Constitución española el 18 de julio de 1936, igualmente rescatado del olvido por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en: *Las fosas de Franco, los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, ob cit, pág. 131-132, cursivas propias. El concreto puesto jerárquico de quien públicamente alentaba y autorizaba tales desmanes, máxima autoridad judicial de la Segunda División y la zona bajo su control, no podrá ser aquí lo suficientemente subrayado.

⁴ *The Prosecutor v. Georges Ruggiu*, Case No. ICTR-97-32-I, sentencia de 1 de junio de 2000, disponible en la web del Tribunal penal internacional para Ruanda, <http://www.ictor.org/>.

⁵ En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 149-150.

Tribunal Penal Internacional de Nuremberg le declaró culpable de crímenes de guerra⁶, a pesar de tratarse, sin duda, de “la otra innovación”, sobrecogedora y avergonzante, de las potencias del eje a la historia de la inhumanidad, junto a campos de exterminio y cámaras de gas.

A partir de ahí la desaparición forzada alcanzaría su definitiva consideración autónoma, también en tiempos de paz, precisamente, como una reacción de la comunidad internacional al fenómeno de impunidad en América Latina, y a la, conmovedora *lucha por lo más querido* de las familias, por los hijos, hermanos, padres, conyugues, arrebatados a la fuerza por los agentes del Estado⁷, de la que la Corte Interamericana sería escenario privilegiado; de esto último habrá de resultar – justamente al acoger con singular determinación, y pleno sentido histórico e institucional de su función, la tutela de estas desamparadas familias en un mérito que no podrá serle suficientemente reconocido a la Corte – tanto el singular valor de conjunto de su avanzada jurisprudencia para la configuración e interpretación del aparato internacional puesto a tutela de los derechos humanos ante todo ello, como el consiguiente interés de su estudio.

Pero junto a tal condición de crimen de lesa humanidad, la desaparición forzada de personas se verá adicionalmente caracterizada por una segunda nota específica y de gran trascendencia en cuanto a su actualidad: su configuración internacional como delito de consumación permanente.

Pocas dudas cabe inferir igualmente a este segundo respecto, sea de la propia vigente *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 1992⁸, del sentido de su desarrollo interpretativo conforme sus *Comentarios Generales* formulados en sede de Naciones Unidas⁹, y tal y como, de

⁶ *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión, Documento E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, Consejo Económico y Social, pto. 65.

⁷ Sobre todo ello véase igualmente, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, ob cit.* Pto 65. Y así de nuevo con NOWAK: Como las desapariciones forzadas forman parte seguramente de las violaciones más crueles de los derechos humanos que constituyen un ataque directo contra la vida, la libertad y la dignidad del ser humano, no es sorprendente que esos actos figuren entre los primeros reconocidos como crímenes de lesa humanidad en la evolución del derecho penal internacional moderno. Ya en los proyectos de convenciones propuestos en el Coloquio de París de 1981 y por la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (FEDEFAM) en 1982 se sugirió que las desapariciones forzadas debían considerarse crímenes de lesa humanidad. Un año más tarde, la Asamblea General de la OEA declaró en una resolución histórica que la desaparición forzada era “una afrenta a la conciencia del hemisferio... y constituye un crimen de lesa humanidad”. *Ibidem*.

⁸ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992. En este sentido el artículo 17.1 de la vigente Declaración, es claro: “Todo acto de desaparición forzosa será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”.

⁹ Así, conforme el *General Comment on article 17 of the Declaration*: El sentido y propósito general del artículo es el de asegurar las condiciones que permitan que los responsables de actos constitutivos de desaparición forzada sean llevados ante la justicia dentro de una concepción restrictiva de los instrumentos de prescripción legal (pto.27); en definitiva, “*The article is intended to prevent perpetrators of those criminal acts from taking advantage of statutes of limitations*”, y así, la interpretación del artículo 17 debe ser acorde con las previsiones de los artículos 1 (1), 2 (1), 3 y 4 de la Declaración, con

hecho, ha sido igualmente plasmado en otros instrumentos internacionales como la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*¹⁰, o la nueva *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* unánimemente aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el pasado 20 de Diciembre de 2006 y en abierto proceso de ratificación – en el caso de España iniciado el trámite por acuerdo del Consejo de Ministros del pasado 15 de junio de 2007¹¹ –; Tanto es así que dicho consustancial carácter permanente de la desaparición forzada de personas ha venido a ser, de hecho, el principal escollo a toda pretensión de validez o reconocimiento de las distintas fórmulas *pro impunidad* a medida de los perpetradores frente al deber de persecución universal e imprescriptible hasta en las regiones más alejadas de la tierra, en lo que habrá de ser materia atinente a toda la humanidad y no cuestión privativa de ningún Estado sobre la que disponer.

En otras palabras, sin investigación efectiva de los hechos por parte del Estado, sin que se respete el derecho de los familiares a conocer la verdad, y sin plena reparación a los mismos, la desaparición forzada de personas quedará, respecto la entera comunidad internacional, más allá del alcance de amnistías domésticas y leyes de punto final, siendo esta una nota específica y diferenciadora de esta tipología delictiva incluso respecto a otros crímenes de carácter internacional¹². Como señalaría todavía con

miras a establecer la severa persecución penal de estos crímenes que permita la erradicación de tal práctica. Esto será lo que explique y justifique el enfoque restrictivo en la aplicación de tales limitaciones legales respecto tal tipología delictiva (pto. 32), *Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, <http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GeneralCommentsCompilationMay06.pdf>.

¹⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Así conforme su artículo tercero, “(...) Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

¹¹Y así conforme al artículo 5 de la misma: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”; Mientras el artículo 8 señala como, sin perjuicio de lo dispuesto en dicho artículo “Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal:

a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito;

b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.”. Tal y como señalaría igualmente la resolución 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en su artículo 14.2: “2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el periodo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. Véanse los comentarios al respecto en CRAWFORD, J. (2004): *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, pág. 174 y ss.

¹² Así, ya el art. 18 de la Declaración de 1992 establecería, con especial significación para el caso español: 1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 *supra* no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. 2. En el ejercicio del derecho de gracia deberá tenerse en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada.” Señalándose igualmente en los *General Comments*, pto. 8, como aún en los casos excepcionales en los que tales leyes de amnistía pudieran resultar compatibles con la práctica de desapariciones forzadas, estas deberán observar determinados límites, y entre ellos: (c) Los perpetradores de las desapariciones no han de beneficiarse de tales leyes en tanto el Estado no haya cumplido plenamente sus obligaciones de investigar las circunstancias relevantes resultantes en la desaparición, de

contundencia CRESPO BARQUERO en relación al caso Pinochet, “el delito de desaparición forzada, es decir, los secuestros o detención ilegal de una persona con desaparición, sin dar razón de su paradero, es, en la legislación española, en la legislación británica y en todas las legislaciones un delito de efecto permanente. En consecuencia, se consuma desde que se produce la desaparición y mientras no vuelva a aparecer la persona secuestrada o se tenga certeza de su muerte”¹³. Mientras la situación de desaparición no se vea interrumpida en tales términos y no quede esclarecido el paradero del desaparecido, o de sus restos mortales, la consumación continuará abierta y no podremos hallarnos ante otra cosa, por el contrario, que no sea un “punto y seguido”, sostenido en el tiempo, de especial trascendencia todo ello si dicha consumación se prolonga además hasta el momento actual, más allá incluso de la entrada en vigor en julio de 2002 del Estatuto de Roma siendo España uno de sus firmantes. La concreta significación jurídica de todo ello a la vista de un mecanismo de *complementariedad* precisamente previsto para los contextos consolidados de impunidad y constatada inhibición por parte de las autoridades del lugar, habrá de ser, sin duda, del más amplio alcance¹⁴.

Así, siquiera brevemente encuadrada la actualidad y urgencia jurídica de la cuestión en sus orígenes conceptuales y contexto normativo internacional, nos centraremos aquí, particularmente, en los parámetros esenciales que marcan la correcta actuación del Estado democrático y de derecho que, como en el caso de la reestablecida democracia española, se ve confrontado con una violación masiva y manifiesta de los derechos humanos de tal sobrecogedora magnitud. Ello tanto respecto el análisis de los concretos mecanismos de atribución de responsabilidad internacional por su propia actuación *una vez retomada la andadura democrática* – y no sólo ya la consabida responsabilidad del periodo dictatorial –, conforme el denominado principio de diligencia debida en la tutela de los derechos humanos, como, sobre todo, respecto el comentario de las principales sentencias de la Corte que han dado lugar a la progresiva concreción y desarrollo del alcance y perfil jurisprudencial de las medidas reparatorias *seriamente debidas* a estas víctimas en virtud de ello mismo – lo que en realidad habrá

identificar y detener a los perpetradores, y asegurar la satisfacción del derecho a la justicia, verdad e información, restitución, reparación, rehabilitación y compensación a las víctimas. Los procesos de verdad y reconciliación en nada han de oponerse a la paralela función de los procesamientos e investigaciones especiales respecto las desapariciones, *General comment on article 18 of the Declaration WGEID Report 2005 (E/CN.4/2006/56), Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, <http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GeneralCommentsCompilationMay06.pdf>.

¹³ CRESPO BARQUERO, P. (2000): “La Justicia y los <<desaparecidos>> de las dictaduras chilena y argentina”, en DELGADO, I (Coord.): *Impunidad y derecho a la memoria: de Pinochet a Timor*, Sequitur, Madrid, pág. 63-64.

¹⁴ Para un análisis monográfico de éste y otros aspectos ligados a la olvidada cuestión, desde el ámbito del Derecho penal internacional y pese a su vigente trascendencia, de los crímenes contra la humanidad de desaparición forzada perpetrados por la dictadura franquista nos remitimos aquí a nuestro estudio monográfico de próxima aparición, RODRÍGUEZ ARIAS, M.A. (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo: Crimen contra la humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, investigación centrada en la poco tratada modalidad de desaparición forzada infantil y de la que es deudora el presente artículo sobre la desaparición forzada seguida de ejecución extrajudicial y las obligaciones internacionales del Estado, nuevamente democrático, ante dicho pasado. Para un abordaje de la cuestión de la impunidad en términos más amplios, con una extensa documentación histórica, jurídica, periodística y de opinión relativa a la misma nos es obligado remitir aquí a la web del Equipo Nizkor y su informe, *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, de 14 de Abril de 2004, suscrito por una larga serie de organizaciones sociales, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.pdf>.

de interesarnos aquí por encima de cualquier otra consideración –, muy especialmente en cuanto a la clara comparativa resultante entre el ser y el deber ser internacional, verdaderamente a la vista por sí mismo en el caso del sometimiento a desaparición forzada, por decenas de miles, de los defensores de la Segunda República Española.

II. La histórica sentencia *Velásquez Rodríguez contra Honduras* y el principio de diligencia debida del Estado ante la desaparición forzada.

Suscitada ante la desaparición de Manfredo Velásquez, joven estudiante activista introducido a la fuerza en un vehículo por varios hombres armados el 12 de septiembre de 1981 en el centro de Tegucigalpa y a plena luz del día, el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*¹⁵ supondría un significativo desarrollo de las reglas de imputación de la responsabilidad internacional del Estado ante las desapariciones forzadas perpetradas bajo su jurisdicción, o, más ampliamente, ante los actos de cualesquiera agentes que lesionen los derechos humanos bajo la misma, suponiendo, de hecho, la consagración jurisprudencial de el principio de diligencia debida en este ámbito.

Varias serían las valiosas consideraciones de la Corte Interamericana ante tan fundamental cuestión.

En primer lugar, respecto el deber de proteger y garantizar los derechos humanos como compromiso expresado en incontables instrumentos internacionales ratificados por los Estados, que “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación” sino que implicara “la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁶, la Corte Interamericana reafirmará “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁷ de modo que “como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹⁸.

En segundo lugar, desde la complementaria afirmación fundamental de que las infracciones de tales deberes por parte de los Estados no podían ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores, la Corte Interamericana sostendrá como, a los efectos del análisis de la diligencia del Estado será *irrelevante* la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, “hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.

¹⁶ *Idem*, párr. 167.

¹⁷ *Idem*, párr. 166.

¹⁸ *Ibidem*.

se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”¹⁹, en definitiva, de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos²⁰.

De modo que, conforme tal posicionamiento “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”²¹, haciéndose, en caso contrario, acreedor de responsabilidad internacional.

Y así, pormenorizadamente y conforme tal sentencia:

- El deber de prevención abarcará todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Como señalará igualmente la Corte, no es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte; se tratará de una obligación de medio o comportamiento y no se demostrará su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado²².

- El Estado estará, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. *Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción*²³.

- Más aún, con especial relevancia para el establecimiento de los deberes de búsqueda de los desaparecidos por parte de las propias instituciones gubernamentales, y en ningún caso relegada la cuestión al ámbito privado familiar como señalará la Corte:

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar también será, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el sólo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con

¹⁹ Velásquez Rodríguez, *ob cit.* párr. 173.

²⁰ *Ibidem.*

²¹ Velásquez Rodríguez, *ob cit.* párr. 174.

²² *Idem*, párr. 175.

²³ *Idem*, párr. 176, cursivas propias; la propia Corte definiría posteriormente “impunidad” como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 173.

seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. *Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*²⁴.

De modo que, frente a tales deberes positivos de actuación diligente, la completa inhibición mostrada, en cambio, respecto los mecanismos teóricamente adecuados del Estado hondureño para atender a la investigación de la desaparición de Manfredo Velásquez, así como respecto al cumplimiento de deberes como la reparación de los daños causados y la sanción a los responsables – sin que tampoco los órganos del Poder Ejecutivo abordaran, por su parte, una investigación seria para establecer la suerte del desaparecido – determinaría la responsabilidad y condena internacional sin paliativos de Honduras²⁵; más aún cuando los hechos denunciados se referían a una práctica cumplida dentro del seno de la institución armada la cual, por su naturaleza, está cerrada a investigaciones particulares²⁶, cerrándose pues con ello, sobre sí mismo, el círculo de la impunidad – el Estado que efectivamente puede, y debe, investigar la desaparición se inhibe y contribuye a la impunidad abandonando a las víctimas a su esfuerzo y el de sus familias que, por el contrario, aún queriendo hacerlo, no tendrá el acceso a los registros y expedientes militares –.

Dicha configuración de la diligencia debida jurisprudencialmente sentada ante las desapariciones forzadas en Velásquez Rodríguez contra Honduras sería además progresivamente acogida en lo internacional, en ámbitos tales como la lucha a la discriminación contra la mujer y la violencia de género²⁷ o de la violación de los Derechos Económicos y Sociales²⁸ como parámetro concreto de medición de el esfuerzo y la voluntad política desplegados por el Estado para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, ofreciéndonos, como ha sido igualmente señalado, un *umbral* de la acción y el esfuerzo que debe realizar un Estado para cumplir con su deber de proteger a las personas contra el abuso de sus derechos.

²⁴ *Velásquez Rodríguez, ob cit.* párr. 177, cursivas propias.

²⁵ *Idem*, párr. 178 y 180.

²⁶ *Idem*, párr. 180.

²⁷ Así el principio de la *diligencia debida* habrá sido igualmente plasmado en distintas resoluciones y posicionamientos de organismos de Naciones Unidas como la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “La violencia contra la mujer “, 11º período de sesiones, 1992, A/47/38, párr. 9; en la posterior *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, de la propia Asamblea General, Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993, particularmente su Art. 4 c), hasta llegar, más recientemente, a la Resolución 55/66, *Hacia la eliminación de los delitos de honor cometidos contra la mujer*, dónde se recogerá también expresamente como: “los delitos de honor cometidos contra la mujer son una cuestión de derechos humanos y que los Estados tienen la obligación de ejercer la diligencia debida para impedir esos delitos, investigarlos, castigar a los autores y dar protección a las víctimas, y que no hacerlo constituye una violación de los derechos humanos”, Doc. ONU. A/RES/55/66, de 31 de enero de 2001.

²⁸ Vid. *Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, doc. ONU E/C.12/2000/13; véase igualmente, “El principio de la diligencia debida”, en: AMNISTÍA INTERNACIONAL (2000): *Respetar, proteger, observar...los derechos humanos de la mujer*, Índice AI: IOR 50/01/00/s.

III. El caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*: la obligación de exhumar los restos mortales y el reconocimiento de los familiares como víctimas de la desaparición forzada.

En el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*²⁹, Efraín Bámaca Velásquez, conocido como Comandante Everardo, desaparecería a manos del ejército guatemalteco en marzo de 1992 entre informaciones contradictorias que apuntaban tanto a su posible ejecución como a su condición de “prisionero secreto” de las autoridades para ser sometido a torturas con la finalidad de “romperlo psicológicamente” y “maximizar su valor de inteligencia” e información, en la terminología militar empleada³⁰. En medio de obstáculos, dilaciones y negativas de las autoridades, su esposa y otros allegados iniciarían una ardua lucha para determinar el paradero del desaparecido que les llevaría a protagonizar varias huelgas de hambre ante las instituciones nacionales, a captar la atención de los medios de comunicación en EEUU y emprender distintas acciones legales y diplomáticas, concurriendo, además, otros elementos trágicos no esclarecidos como el asesinato de Shilvia Jerez fiscal asignada al caso.

Varias serán las cuestiones de trascendencia abordadas en el fallo para el desarrollo del tratamiento internacional de las desapariciones forzadas en clave de diligencia debida, brillando con luz propia los análisis formulados en sus votos razonados por los magistrados CANÇADO TRINDADE y GARCÍA RAMÍREZ desde una postura concordante con el posicionamiento de la Corte:

a) La obligación del Estado responsable de devolver los restos mortales a los familiares.

En primer lugar y como señalará GARCÍA RAMÍREZ, de un lado se partirá de la constatación del “derecho que asiste a los familiares de una persona que ha fallecido de recibir los restos mortuorios de ésta, independientemente de cualesquiera consideraciones étnicas, religiosas, culturales que particularicen el caso”, “un derecho universal, irreductible”³¹; y ello sin perjuicio de que, en todo caso, se haya tomado en consideración adicionalmente “la relevancia específica que la recepción, la honra y la adecuada inhumación de esos restos poseen en la cultura maya, *etnia mam*, a la que perteneció la víctima y pertenecen sus allegados. No hay conflicto alguno entre estos

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000.

³⁰ No habrán de faltarnos tampoco referentes inmediatos de esto mismo en los últimos años, en lo que representará una tercera modalidad específicamente reconocible de crimen contra la humanidad de desaparición forzada, como sustracción del sujeto de la tutela del derecho, no ya con fines de ejecución extrajudicial o de robo de su identidad, sino con las aludidas finalidades de tortura y ruptura psicológica del sujeto, al servicio de la inteligencia militar – también aquí *en la noche y la niebla*, como solución más efectiva en sus resultados ante lo incierto del veredicto condenatorio de los tribunales como señalará Keitel, pues esa fue precisamente la idea central del *Nacht und Nebel Erlass*, la articulación de un sistema alternativo desde el que llevar a cabo sin interferencias la finalidad pretendida por las autoridades –, siendo de obligada referencia aquí el informe recientemente publicado por Amnistía Internacional: *United States of America, Below the radar: Secret flights to torture and ‘disappearance’*, AI Index: AMR 51/051/2006, <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR510512006>; Igualmente tratado todo ello al abordar el concepto y perspectivas de desarrollo de la desaparición forzada en *Los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, *ob cit.*

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 2.

derechos, que son manifestaciones o círculos concéntricos de una misma facultad jurídicamente tutelada”³²; ello mientras por su parte CANÇADO TRINDADE desde un enfoque más antropológico y sociocultural calificaría esta cuestión como “una preocupación de las más antiguas del ser humano” como lo ejemplificarán obras como, el *Libro de los Muertos de los Antiguos Egipcios* (de 2350-2180 a.C.), “un tema verdaderamente universal, además de perenne, cultivado por las culturas de todos los pueblos en todos los tiempos”³³, destacando por tanto lo “verdaderamente penoso y preocupante” de constatar que no es esta la primera vez que, en casos sometidos al conocimiento de la Corte Interamericana, se presenta, en el marco de la desaparición forzada de personas, tal falta de respeto de las autoridades del Estado por los restos mortales³⁴; para CANÇADO TRINDADE esta habría de ser una cuestión de verdadero vínculo de solidaridad social no sólo entre los miembros vivos de la comunidad, esto es, en el espacio sino también hacia los ya fallecidos, desde una dimensión ya temporal de pertenencia, llegando a apuntar en su voto razonado:

El presente caso, en efecto, realza la necesidad de considerar el ser humano en relación con el medio social en que vive (y muere), y sus derechos en relación con el medio social en que son ejercidos. (...) lo que concebimos como el *género humano* abarca no sólo los seres vivos (titulares de los derechos humanos), sino también los muertos (con su legado espiritual). El respeto a los muertos se debe efectivamente en las personas de los vivos. La solidaridad humana tiene una dimensión más amplia que la solidaridad puramente social, por cuanto se manifiesta también en los lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos (...) En definitiva, los vivos y los muertos encuéntrase mucho más vinculados de lo que uno pueda *prima facie* suponer, y esta realidad no puede seguir siendo ignorada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en evolución³⁵.

No iría desencaminada dicha especial sensibilidad manifestada en torno a toda esta cuestión por CANÇADO TRINDADE y dicha realidad no seguiría ocupando un segundo plano mucho más tiempo siendo, de hecho, la nueva Convención Internacional de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas la que, en sus artículos 15 y 24.3 contemplaría expresamente esta cuestión³⁶, lo que constituiría una de las concretas innovaciones respecto la precedente declaración de 1992. Esto es: el consenso convencional internacional, unánime, del deber positivo del Estado de exhumar como

³² *Ibidem*.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 8.

³⁴ *Idem*, párr. 1.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 25; Y abundando sobre la misma idea: “La solidaridad humana se manifiesta en una dimensión no sólo espacial - es decir, en el espacio compartido por todos los pueblos del mundo, - sino también en una dimensión temporal - es decir, entre las generaciones que se suceden en el tiempo, tomando el pasado, presente y futuro en conjunto. Es la noción de solidaridad humana, entendida en esta amplia dimensión, y jamás la de soberanía estatal, que se encuentra en la base de todo el pensamiento contemporáneo sobre los derechos inherentes al ser humano”, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 23.

³⁶ “Artículo 15. Los Estados Partes cooperarán entre sí y se prestarán todo el auxilio posible para asistir a las víctimas de las desapariciones forzadas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, en la exhumación, la identificación de las personas desaparecidas y la restitución de sus restos.”

“Art 24.3. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos.”

medida de la diligencia esperable y de reparación a las víctimas ante esta modalidad de violación de los derechos humanos que habrá de tener así en España uno de los países más afectados del globo al hallarse aún su entero territorio, de norte a sur, sembrado de incontables fosas comunes y enterramientos masivos, sin identificar mientras los familiares siguen sin conocer de forma cierta la suerte de sus seres queridos.

b) La ampliación de la posición de víctima ante el sufrimiento de los familiares privados de los restos mortales y del derecho a conocer la verdad.

La misma constatación de lo anterior, conllevará otra consecuencia aún si cabe más trascendente: el reconocimiento de la especial posición de los familiares, tanto por el carácter inhumano de tal tratamiento dispensado a éstos por parte del Estado como por la reafirmación del derecho igualmente vulnerado a conocer la verdad en torno a las circunstancias de la desaparición: de la negación estatal de ambos extremos resultará la plena consideración jurídica como propias víctimas de la desaparición de los familiares y allegados, junto a los propios desaparecidos.

Y así será también recogido expresamente por primera vez en el artículo 24 de la nueva Convención de diciembre de 2006³⁷, aún si en el artículo 19 de la aún vigente Declaración de 1992 cabía percibir ya un reconocimiento implícito a este respecto:

Las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible. *En caso de fallecimiento de la víctima a consecuencia de su desaparición forzada, su familia tendrá igualmente derecho a indemnización*³⁸.

Como recapitulará CANÇADO TRINDADE ante el caso Bámaca:

Ya en ocasiones anteriores, como en el caso *Blake* (Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, y reparaciones, del 22.01.1999), y en el caso de los "*Niños de la Calle*" (Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999), la Corte Interamericana expuso correctamente la fundamentación jurídica de la *ampliación de la noción de víctima*, a abarcar, en las circunstancias específicas de los referidos casos (en los cuales los restos mortales de los victimados estuvieron no-identificados u ocultados por algún tiempo), también los familiares inmediatos de las víctimas directas. (...) La ampliación de la noción de víctima vuelve a ocurrir en el presente caso, en relación con los familiares inmediatos del Sr. Efraín Bámaca Velásquez. El intenso sufrimiento causado por la muerte violenta de un ser querido es aún más agravado por su desaparición forzada, y revela una de las grandes verdades de la condición humana: la de que la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos (a veces desagregando el propio núcleo familiar), tanto por el intenso sufrimiento y la

³⁷ "Artículo 24. 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "víctima" la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada."

³⁸ Art. 19 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas ob cit.*, cursivas propias. Una vez igualmente considerados víctima de la desaparición, pues, los familiares más allegados, el resto de la familia seguirá teniendo el derecho a la indemnización incluso tras la muerte de estos, y no ya sólo respecto los propios desaparecidos, hecho este igualmente trascendente respecto el caso español. Así por ejemplo, y entre los más recientes pronunciamientos, en el caso Serrano Cruz contra el Salvador la familia será igualmente indemnizada por el sufrimiento experimentado durante los años de búsqueda por la ya fallecida madre de las desaparecidas.

desesperación causados, cuanto por sustraer a todos del manto protector del Derecho. Este entendimiento ya forma hoy, en el umbral del siglo XXI, *jurisprudence constante* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁹.

Ello mientras, en su voto razonado sobre la sentencia de fondo GARCÍA RAMÍREZ destacará el avance de la sentencia Bámaca Velásquez, en el contexto de una jurisprudencia evolutiva que trabaja sobre las figuras de víctima directa e indirecta y beneficiarios de aquélla, en la línea de elaboración de un concepto amplio de víctima de la violación “que distingue entre la afectación de derechos correspondientes al señor Efraín Bámaca Velásquez, por una parte, y la vulneración de derechos de los familiares de éste y de la señora Jennifer Harbury, por la otra. Es claro que algunas violaciones recayeron directa e inmediatamente sobre aquél; otras, sobre la señora Harbury y los familiares cercanos del señor Bámaca”⁴⁰; de modo que “la distinción técnica entre ambas categorías no implica que alguna de ellas revista mayor jerarquía para los fines de la tutela jurídica. Ambas se hallan igualmente tuteladas por la Convención y pueden ser atendidas en la Sentencia, tanto para considerarlas, sustantivamente, como sujetos pasivos de una violación, acreedores a reparaciones, como para atribuirles legitimación procesal, de manera genérica e indistinta”⁴¹.

En cuanto al derecho a la verdad, igualmente plasmado con contundencia como una de las obligaciones del Estado en la nueva Convención de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas⁴², CANÇADO TRINDADE apuntaría también una dimensión más amplia de la que se pueda desprender *prima facie* del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴³:

Más allá del enunciado en aquella disposición, que inspiró otras disposiciones congéneres de distintos tratados de derechos humanos, el derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos. El ocultamiento de los restos mortales de una persona desaparecida, en una flagrante falta de respeto a los mismos, amenaza romper el lazo espiritual que vincula los muertos a los vivos, y atenta contra la solidaridad que debe guiar los rumbos del género humano en su dimensión temporal⁴⁴. (...) Dado que el Estado tiene el deber de hacer cesar las violaciones de los derechos humanos, la prevalencia del derecho a la verdad es esencial para el combate a la impunidad y se encuentra

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade a la sentencia de fondo del caso Bámaca Velásquez, párr. 39 y 40.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo del caso Bámaca Velásquez, párr. 4.

⁴¹ *Idem*, párr. 5.

⁴² Nótese, así, la propia sistematización de dicho derecho junto a la ampliación de la condición de víctima, siguiendo la misma lógica expresada en su desarrollo por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo aquí expuesto, en el propio apartado segundo del artículo 24 para captar la trascendencia profunda de la praxis jurisprudencial de este organismo: “2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto”. Entorno a los orígenes del concepto en el Primer Protocolo adicional a la Convención de Ginebra, art 32, y en sede de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el caso *Elena Quinteros contra Uruguay* véase PÉREZ SOLLA, M^a. F. (2006): *Enforced Disappearances in international human rights*, Mc Farland and Company Inc. Publishers, North Carolina, pág. 91 y ss.

⁴³ Conforme el mismo, “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

⁴⁴ Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade a la sentencia de fondo en *Bámaca Velásquez*, *ob cit*, párr. 31.

ineluctablemente ligada a la propia *realización* de la justicia, y a la garantía de no repetición de aquellas violaciones⁴⁵.

c) La difusión de la propia sentencia como forma de conceder satisfacción honorífica.

Finalmente la sentencia Bámaco Velásquez establecería la publicación en el Diario Oficial, y en otro de tirada nacional, como medida de satisfacción honorífica, tal y como será posteriormente recogido en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas⁴⁶, lo que en palabras de GARCÍA RAMÍREZ había de servir a un triple objetivo:

a) por una parte, la satisfacción moral de las víctimas o sus derechohabientes, la recuperación de una respetabilidad y un crédito que pudieron verse mellados por versiones y comentarios erróneos o falaces; b) por la otra, la formación y el fortalecimiento de una cultura de la legalidad en favor, sobre todo, de las nuevas generaciones; y c) finalmente, el servicio a la verdad en bien de los agraviados y de la sociedad en su conjunto. Todo ello se inserta en el amplio régimen de reconocimiento y tutela de los derechos y en la correspondiente preservación de los valores de una sociedad democrática⁴⁷.

Concluyendo todavía a este respecto como, de hecho, la Corte pudo ir más lejos en tal aspecto, trascendiendo el ámbito territorial del Estado responsable de la violación de los derechos humanos, alcanzando el Estado de residencia de los familiares.

Si se atiende al conjunto de las circunstancias y al propósito de la medida de satisfacción que entraña esta especie de reparaciones, resultaría pertinente que la sentencia se publicase asimismo en el lugar donde reside la persona afectada por el juicio de la opinión pública. En efecto, se trata de que ésta encuentre debida satisfacción social precisamente en el medio donde normalmente se encuentra y desenvuelve. Mediante la difusión de ciertos capítulos de la sentencia no sólo se procura informar al público sobre un hecho relevante, sino también atraer el aprecio social hacia quienes se vieron involucrados en aquél y padecieron injustamente la vulneración de sus derechos⁴⁸.

IV. Bastante más allá de la condena moral: El caso *Molina Theissen contra Guatemala* y el mandato judicial de crear una Base Nacional de Datos Genéticos.

El caso Molina Theissen, familia vinculada a la Universidad guatemalteca y significada por su oposición al régimen, se originará cuando el 6 de octubre de 1981 varios miembros del ejército irrumpen en el domicilio y, tras registrar el inmueble, se lleven a la fuerza al menor Marco Antonio Theissen, de 14 años de edad, introduciéndole a la fuerza en un costal de nailon.

⁴⁵ *Idem*, párr. 32.

⁴⁶ Principio 22, medidas de satisfacción: d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

⁴⁷ Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso *Bámaca Velásquez*, *ob cit*, párr. 3.

⁴⁸ Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso *Bámaca Velásquez*, *Ibidem*.

Suscitado el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos Guatemala reconocería su responsabilidad en los hechos – en la línea del reconocimiento público de responsabilidades previamente realizada por parte del Jefe del Estado el 9 de agosto de 2000 –, retirará las excepciones preliminares inicialmente presentadas y reconocerá su responsabilidad por la violación de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5.1, 5.2, 7, 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos “y por el incumplimiento de la obligación internacional adquirida en los artículos I y II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio del niño Marco Antonio Molina Theissen, sin entrar a determinar la responsabilidad particular o individual de los presuntos victimarios”⁴⁹. En la audiencia pública, las autoridades del Estado expresarían además su “profundo sentimiento de pesar por los hechos vividos y sufridos por Marco Antonio Molina Theissen y su familia desde el 6 de octubre de 1981” pidiéndoles perdón como “una primera muestra de respeto, reparación y garantía de no repetición”⁵⁰.

Aún positivamente valorado por la Corte tal reconocimiento expreso de responsabilidad y petición de perdón por parte del Estado como contribución a la vigencia de los derechos humanos, lógicamente, la escenificación de tal desagravio en sede judicial no sólo no tendrá *per se* carácter sustitutivo alguno respecto del conjunto de las plenas reparaciones debidas a las víctimas, sino que ni tan siquiera exoneraría a Guatemala de un adicional, y más específico, acto público de reconocimiento y desagravio hacia la familia Theissen como reflejaría la sentencia. Las medidas simbólicas y de expresión de condolencias no exoneraría, ni sustituiría, el alcance total de la responsabilidad internacional del Estado ante sus víctimas.

Así, la sencilla evidencia, sorprendentemente no siempre tomada en cuenta – y no sólo por Guatemala –, de que el deber positivo de actuar del Estado ante la desaparición forzada trasciende los actos de homenaje y las buenas intenciones para alcanzar, o no, el debido cumplimiento de la plenitud de las medidas reparatorias internacionalmente previstas, resultará, pues, la primera constatación de la sentencia Molina Theissen. Antes al contrario: el arrepentimiento y reconocimiento de las autoridades habrá de constituir sin duda la más deseable actitud para que el Estado se apreste a enmendar, finalmente y sin mayor tardanza, la situación derivada de su precedente inhibición en la materia, cumpliendo de buena fe con sus obligaciones hacia las víctimas y cesando en su violación de la legalidad internacional en materia de derechos humanos.

Entre los distintos deberes reparatorios de actuar positivo igualmente impuestos a las arrepentidas autoridades de Guatemala – al margen de la propia satisfacción de las indemnizaciones monetarias igualmente firme – la sentencia sobre reparaciones de 3 de julio de 2004 contemplaría, pues, las siguientes obligaciones:

a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables.

A este respecto de un lado la Corte destacará los sentimientos de inseguridad,

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Molina Theissen contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo 4 de mayo de 2004, párr. 36.

⁵⁰ *Ibidem*.

impotencia y angustia de los familiares debidos a la propia deficiente investigación emprendida por las autoridades, que habría impedido sancionar a los responsables en una situación calificada de “imperio de la impunidad”, señalando con toda claridad:

A la fecha de esta Sentencia, después de más de veintidós años de ocurridos los hechos del presente caso, no se ha identificado, juzgado y sancionado a los responsables de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen. Por lo tanto, se ha configurado una situación de impunidad que constituye una infracción del deber del Estado al que se ha hecho referencia, lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata⁵¹.

Y ello al tiempo que la Corte incidirá nuevamente, al igual que respecto el caso Bámaco Velásquez, en el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares a conocer la verdad:

Los familiares de Marco Antonio Molina Theissen tienen derecho de conocer lo sucedido a éste y saber dónde se encuentran sus restos. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su reconocimiento puede constituir un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima⁵².

Una y otra consideración convergerán en la argumentación de la Corte en el concreto deber positivo de investigar efectivamente los hechos con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de Marco Antonio, debiendo ser además el proceso públicamente divulgado, para que la entera sociedad guatemalteca conozca la verdad, puntualizando todavía:

La Corte advierte que el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria⁵³.

b) Obligación de buscar los restos mortales de la víctima y entregarlos a sus familiares como garantía de no repetición.

Siguiendo igualmente lo antes analizado respecto el caso Bámaca Velásquez, y reconocida esta medida entre las reparaciones atinentes a las denominadas “garantías de no repetición”, la Corte Interamericana será igualmente tajante, puntualizando todavía varios aspectos del deber estatal a tal respecto:

Este Tribunal considera que el Estado debe localizar y hacer entrega de los restos mortales de Marco Antonio Molina Theissen a sus familiares, a fin de que reciban sepultura según sus costumbres y creencias. Además, el Estado debe brindar las condiciones necesarias para trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos, y satisfacer los deseos de la familia en relación con la sepultura⁵⁴.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Molina Theissen contra Guatemala, sentencia sobre reparaciones de 3 de julio de 2004, párr. 79.

⁵² *Molina Theissen, reparaciones, ob cit*, párr. 81.

⁵³ *Idem*, párr. 83. Así en el mismo sentido de los arts. 13.6 y 18.1 de la Declaración de 1992.

⁵⁴ *Idem*, párr. 85.

c) Designación de un centro educativo con el nombre de los desaparecidos como forma adicional de homenaje y desagravio.

Junto a la ya aludida publicación de la sentencia dos serán las medidas adicionalmente impuestas a Guatemala dándose un paso más en este ámbito⁵⁵.

La primera, más allá del arrepentimiento expresado por las autoridades, y precisamente “para que dicha declaración rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición”⁵⁶, consistirá en la organización de un *acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y en desagravio de Marco Antonio Molina Theissen y de sus familiares*, acto que *deberá* contar, además, con la presencia de altas autoridades del Estado,

La segunda consistirá en la “designación de un centro educativo existente ubicado en la ciudad de la comisión de los hechos, con un nombre que aluda a los niños desaparecidos durante el conflicto armado interno, y colocar en dicho centro una placa en tributo de Marco Antonio Molina Theissen”, y ello con la expresa finalidad de contribuir a “despertar la conciencia pública para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso y a conservar viva la memoria de la víctima”⁵⁷.

d) El mandato judicial de creación de una Base Nacional de Datos Genéticos.

Por último, pero resultando sin duda lo más trascendente e innovador del entero fallo Molina Theissen en cuanto a medidas de diligencia debida por parte del Estado, ya en el capítulo de las *medidas legislativas, administrativas y de otra índole* que resulten necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos, la Corte expresará su convicción – a la luz de las alegaciones de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de testigos y peritos – en torno al hecho de que en caso de desapariciones forzadas de personas es de suma importancia que se cuente con un banco de datos genéticos que permita identificar a las personas desaparecidas o sus restos⁵⁸, lo que, no nos es posible aquí obviarlo, en todo caso habrá de ser ubicado en el contexto de la pionera y conocida experiencia de Argentina, ya desde mediados de los ochenta, y su Base Nacional de Datos Genéticos para la localización de las víctimas de la dictadura creada por ley 23.511/87⁵⁹.

Dos serán así las medidas de obligada actuación por Guatemala a este respecto sucintamente expresadas todavía en el Caso Molina Theissen:

a) un procedimiento expedito que permita obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada, con fines de filiación, sucesión y reparación y demás efectos civiles relacionados con ella; y

b) un sistema de información genética que permita la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y su identificación⁶⁰.

⁵⁵ *Molina Theissen, reparaciones, ob cit*, párr. 86.

⁵⁶ *Idem*, párr. 87.

⁵⁷ Ambas citas, *Idem*, párr. 88.

⁵⁸ *Idem*, párr. 90.

⁵⁹ Ley Nacional Argentina 23.511/87 que crea el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) de 13 de mayo de 1987, Boletín Oficial, 10 de julio de 1987.

⁶⁰ *Molina Theissen, reparaciones, ob cit*, párr. 91. Como veremos a continuación en parecidos términos y como señalará la posterior sentencia Serrano Cruz contra el Salvador volviendo sobre el mismo punto: El

V. El caso *Serrano Cruz contra El Salvador*: el mandato judicial de crear un organismo gubernamental de búsqueda de los desaparecidos.

El caso *Serrano Cruz contra el Salvador*⁶¹, suscitado por la desaparición de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, vistas por última vez veintiún años antes a bordo de un transporte militar, supondrá un ulterior desarrollo respecto de buena parte de los postulados de diligencia debida hasta aquí abordados, en particular respecto una clara reafirmación del genuino carácter estatal de la acción de búsqueda de los desaparecidos, acompañada ahora además de un expreso reconocimiento de la debida garantía de la participación de las organizaciones ciudadanas, si bien en primer lugar, y junto a ello, será igualmente apreciable la propia amplitud de los términos de las indemnizaciones económicas a satisfacer por el Estado, alcanzando a las propias hermanas, con independencia de hallarse éstas aún en dicha situación de desaparición forzada y del propio fallecimiento de la madre de éstas que había suscitado la búsqueda; la obligación de reparar continuará vigente para el resto de la familia y allegados, largamente sometidos al sufrimiento de la situación creada primero – y permitida después – por el Estado en los términos de victimización jurídicamente relevante en lo internacional⁶², alcanzando igualmente las indemnizaciones, de forma congruente, “los gastos por medicinas y tratamientos psicológicos que requirieron los familiares de Ernestina y Erlinda como consecuencia del sufrimiento ocasionado por la desintegración familiar, inseguridad, frustración, angustia e impotencia ante la abstención de las autoridades judiciales de investigar diligentemente lo sucedido a Ernestina y Erlinda y determinar su paradero dentro de un plazo razonable. Asimismo, debe comprender los gastos en que incurrieron los familiares de Ernestina y Erlinda con el fin de indagar su paradero”⁶³; la Corte Interamericana ordenará también, en relación a los propios colectivos y asociaciones intervinientes en apoyo de la familia Serrano Cruz, singularmente la Asociación Pro-Búsqueda del Salvador, el reintegro de todos los gastos asumidos tanto respecto las costas y gastos en que incurrió en el ámbito interno como en el proceso internacional emprendido ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁶⁴.

De este modo, las cuantías indemnizatorias a favor de las propias niñas perdidas habrán de ser depositadas en una cuenta y, de no poder ser finalmente localizadas – una vez seriamente activada su búsqueda por parte de las autoridades –, éstas pasarán igualmente a sus familiares.

Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para crear un sistema de información genética que permita obtener y conservar datos genéticos que coadyuven a la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y sus familiares y su identificación. El Estado deberá cumplir con esta reparación en un plazo razonable para poder encontrar a los niños y niñas que tuviesen algo que ver con el conflicto”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, sentencia de 21 de marzo de 2005, párr. 192.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, sentencia de 21 de marzo de 2005.

⁶² Así en el presente caso Serrano Cruz la Corte sostendrá: “El daño inmaterial de las hermanas Serrano Cruz y de sus familiares resulta evidente, toda vez que la falta de una investigación seria y diligente por parte de las autoridades estatales para determinar lo sucedido a aquellas y, en su caso, identificar y sancionar a los responsables, y la falta de adopción de medidas idóneas que coadyuvaran a la determinación de su paradero, impiden la recuperación emocional de los familiares y causan un daño inmaterial a todos ellos”, *Serrano Cruz*, *ob cit*, párr. 158.

⁶³ *Serrano Cruz*, *ob cit*, párr. 152.

⁶⁴ *Idem*, párr. 207.

A continuación analizaremos las innovaciones y ulterior desarrollo que el caso Serrano Cruz implicará, a su vez, respecto el caso Molina Theissen.

a) Creación de una Comisión Nacional de búsqueda de los desaparecidos plenamente participada en su funcionamiento por la sociedad civil.

Constatada la efectiva existencia en el ámbito nacional del denominado “Decreto Ejecutivo No. 45” de creación de la ‘Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a Consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador’”, la primera obligación positiva de actuar que la Corte impondrá al Salvador será la de “efectuar una búsqueda seria de las víctimas”⁶⁵, más allá de las apariencias, en el entendido de que para ello es preciso, “que se asegure que todas las instituciones y autoridades estatales se encuentren obligadas a prestar su cooperación en el suministro de información a la comisión nacional de búsqueda y en el acceso a todos los archivos y registros que pudieran contener datos sobre los posibles destinos de los jóvenes a que se hace referencia⁶⁶. Notando sobre todo la Corte, “con preocupación” como “el mencionado Decreto No. 45 establece que la referida Comisión Interinstitucional de Búsqueda estará integrada solamente por autoridades estatales, pese a que podría contar con la colaboración y acompañamiento de otras instituciones públicas como la Corte Suprema de Justicia o la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos⁶⁷”.

En ello estribará, de hecho, otra importante novedad al respecto quedando establecida por la Corte la obligación de *plena participación de las organizaciones ciudadanas en dicha Comisión de búsqueda de los desaparecidos*, justamente, como consecuencia concreta de la constatada ausencia de la diligencia estatal debida y en términos preventivos de dicha ausencia hacia el futuro. Desde una concepción de fondo de ciudadanía singularmente comprometida vendrá a consagrarse tal participación ciudadana como un antídoto a la negligencia y un elemento de garantía para las víctimas y sus derechos en el futuro funcionamiento del órgano:

Según la prueba aportada en el presente caso, los resultados positivos en la búsqueda y localización de los jóvenes desaparecidos cuando eran niños durante el conflicto armado, y su reencuentro y recuperación de las relaciones familiares no fueron consecuencia del actuar diligente del Estado, sino de la Asociación Pro-Búsqueda y los familiares de las personas desaparecidas (...). Por ello, el Tribunal estima necesario que en la composición de la comisión nacional de búsqueda se incluya a las instituciones estatales que han mostrado interés en la solución de este problema y a otras que correspondiere por las funciones que desempeñan, así como que se dé participación a la sociedad civil a través de organizaciones no gubernamentales que se han dedicado a dicha búsqueda o que están especializadas en el trabajo con jóvenes desaparecidos, como por ejemplo la Asociación Pro-Búsqueda⁶⁸.

Y así el Estado no sólo deberá asumir el esfuerzo institucional de la búsqueda prestando a ello “todos los medios económicos, técnicos, científicos y de otra índole

⁶⁵ Así en la parte dispositiva, pto. sexto, se señalará expresamente la obligación de, en un plazo razonable, “investigar efectivamente los hechos denunciados en el presente caso, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, eliminar todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones en el presente caso, de modo que utilice todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas”, *Idem*.

⁶⁶ *Idem*, párr. 186.

⁶⁷ *Idem*, párr. 188.

⁶⁸ *Serrano Cruz*, *ob cit*, párr. 188.

idóneos para determinar el paradero de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, solicitando, en caso de ser necesario, la cooperación de otros Estados y organizaciones internacionales.”⁶⁹, en la línea con el marco de obligaciones antes analizado, sino que, entrando también significativamente a dictaminar aspectos esenciales en cuanto al modo *diligente* de hacerlo, deberá garantizar igualmente las condiciones de plena participación de las organizaciones sociales en el proceso.

Con ello se introducirá además, resulta obligado hacerlo aquí autónomamente visible, un reconocible antecedente en torno a la creación de las condiciones para una plena participación ciudadana, de amplias posibilidades, en conexión a la idea de la diligencia estatal debida en la tutela Estatal de los derechos humanos, verdadera condición necesaria, más allá de las apariencias – no cabe calificarlo de otra manera a tenor del propio fallo – conforme esta histórica sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que, en si mismo, habrá de constituir un fecundo elemento de desarrollo de valiosas implicaciones en términos de modernidad, gobernabilidad democrática y derechos humanos, más allá del ámbito de este estudio.

El aseguramiento de una participación expresada en tales términos será expresión de dicha misma diligencia debida del Estado en la protección de los derechos humanos.

b) Creación de una página web informativa y de búsqueda.

Otro llamativo deber positivo del Estado expresión de su debida diligencia conforme el fallo Serrano Cruz será la creación de una página web mediante la cual:

- Se difundan los nombres y apellidos, posibles características físicas, y todos los datos con los que se cuenta de las hermanas Serrano Cruz, así como de sus familiares.

- Se establezcan direcciones y teléfonos de contacto de instituciones estatales y de la sociedad civil de tal manera que “en caso que las hermanas Serrano Cruz se encontraran con vida y contactaran dicha página, tanto ellas como cualquier persona que poseyeran datos sobre dichas hermanas, puedan ubicar a los familiares, a las instituciones estatales o no estatales pertinentes, o remitir información sobre Ernestina y Erlinda y su paradero⁷⁰”.

c) Designación de un día nacional dedicado a los desaparecidos durante el conflicto armado interno y otras medidas de desagravio.

Junto a la publicación de la sentencia en el Diario Oficial del Estado y celebración de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y de desagravio de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y sus familiares, en muy parecidos términos a lo ya establecido en el caso Molina Theissen⁷¹, la Corte considerará igualmente el deber del Estado de designar un día dedicado a los niños y niñas que, por diversos motivos, desaparecieron durante el conflicto armado interno, con el propósito

⁶⁹ *Idem*, párr. 181.

⁷⁰ *Serrano Cruz*, *ob cit*, párr. 189- 190.

⁷¹ Como se señalará aquí también el Estado “debe disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de las personas debidas en el acto y además deberá difundir dicho acto a través de los medios de comunicación, incluyendo internet. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia”, *Idem*, párr. 194 y 195.

de concienciar a la sociedad sobre la necesidad de que todos los salvadoreños trabajen juntos para encontrar las mejores soluciones que los conduzcan a la verdad sobre el paradero de los menores⁷².

Y así por acuerdo de la Asamblea Legislativa del Salvador de 5 de enero de 2007 sería finalmente designado el pasado 29 de marzo de 2007 como primer "Día Dedicado a las Niñas y los Niños Desaparecidos a Consecuencia del Conflicto Armado".

d) Asistencia médica y psicológica a los familiares.

La Corte estimará igualmente preciso la activación de medidas específicas y adicionales tendentes a reducir los padecimientos de los familiares de las desaparecidas:

Con el fin de contribuir a la reparación de los daños físicos y psicológicos, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, incluyendo los medicamentos que éstos requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada uno de ellos después de una evaluación individual⁷³.

Y, en un nuevo reconocimiento del valor de la participación de las organizaciones ciudadanas, puntualizará inmediatamente a continuación:

La Corte estima conveniente que se brinde participación en dicha evaluación y en la implementación de dichos tratamientos a una institución no gubernamental especializada, como por ejemplo la Asociación Pro-Búsqueda. Asimismo, en caso de que Erlinda y Ernestina sean encontradas con vida, el Estado también deberá brindarles los referidos tratamientos médicos y psicológicos⁷⁴.

Tratamientos que habrán de ser individuales, familiares y colectivos⁷⁵.

La corte establecerá finalmente los respectivos plazos para la actuación de unas y otras medidas positivas del Estado conforme lo establecido en la sentencia⁷⁶.

⁷² *Idem*, párr. 196.

⁷³ *Serrano Cruz, ob cit*, párr. 198.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Idem*, párr. 199.

⁷⁶ El Salvador deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial, el reintegro de costas y gastos y adoptar la medida de reparación referida a la realización de un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y de desagravio a las víctimas y sus familiares, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la misma. El Estado deberá adoptar las medidas de reparación relativas al funcionamiento de una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado y participación de la sociedad civil, la creación de una página web de búsqueda, la publicidad de la sentencia, la designación de un día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno, y correspondientes a brindar tratamiento médico y psicológico a los familiares de Ernestina y Erlinda, dentro del plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la misma. El Salvador deberá cumplir con la obligación de investigar los hechos denunciados, e identificar y sancionar a los responsables y adoptar la medida de reparación relacionada con la creación de un sistema de información genética, dentro de un plazo razonable. *Serrano Cruz, ob cit*, párr, 208.

Conclusiones.

Impulsada por la conmovedora determinación de los familiares de no renunciar a sus seres queridos desaparecidos, apoyada en organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nos es posible reconocer toda una dinámica de reforzamiento recíproco, una relación de vasos comunicantes, entre la acción de las familias, los sucesivos avances practicados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la progresiva plasmación normativa en textos internacionales de distinto rango y ámbito geográfico, desde la Declaración de 1992 a la recientísima Convención de diciembre de 2006, pasando por los igualmente recientes *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* o el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*.

Una pionera evolución en materia de deberes de diligencia, abordada en el presente comentario jurisprudencial a cuatro actos en cuanto al sucesivo “anudado” de tales resultados – Velásquez Rodríguez contra Honduras, Bámaca Velásquez contra Guatemala, Molina Theissen contra Guatemala y Serrano Cruz contra el Salvador como hemos visto – y cuyas consecuencias para el caso español y los incontables defensores de la Segunda República masivamente sometidos a la práctica de la desaparición forzada y ejecución extrajudicial⁷⁷, resultan evidentes por sí mismas.

Y ello a pesar de los apreciables esfuerzos, por primera vez desplegados con una tal intensidad, por las autoridades españolas en los últimos tres años que, como tales, merecen ser reconocidos en su justo mérito, si bien – ello debe ser también inmediatamente apuntado – ni una sola de las medidas contempladas por el órgano internacional de tutela de los derechos humanos como expresión de la *diligencia debida* del Estado ha resultado, en realidad, plenamente asumida, como han criticado con especial dureza, entre otras, organizaciones de la solvencia de Amnistía Internacional⁷⁸; todo esto, en definitiva, en unos términos que nos resultan inquietantemente evocadores del posicionamiento – también de carácter limitado y predominantemente simbólico – de Guatemala ante la Corte Interamericana.

En dicho contexto, pues, y junto a la previsible apertura de distintas causas por parte de familiares y allegados de los desaparecidos a lo que todo ello se presta, reclamando la satisfacción de las cuantiosas indemnizaciones económicas y todas las restantes previsiones internacionales de reparación y desagravio aquí analizadas – por alguna razón más allá de nuestra comprensión jurídica, todavía hoy discrecionalmente

⁷⁷ En un incierto contexto de impactantes cifras, la condena del Consejo de Europa llegará a hablar de hasta 190.000 ejecutados o fallecidos en prisión citando las propias cifras del régimen: “En 1944, un portavoz del ministerio de justicia franquista reconoció que más de 190.000 detenidos habían sido ejecutados o habían muerto en prisión. Las fosas comunes atestiguan de la manera más terrible los medios utilizados por Franco para imponer su poder”, *Condena de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, *ob cit.*, pto. 64.

⁷⁸ Véase en particular el tercero y más reciente de los estudios respecto la impunidad de los crímenes de la dictadura franquista, AMNISTÍA INTERNACIONAL (2006): *Víctimas de la Guerra Civil y del franquismo: No hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo*, <http://www.es.amnesty.org/paises/espana/pagina/victimas-de-la-guerra-civil-y-del-franquismo/>

“sustituidas” desde un completamente inexistente “principio de alternatividad reparatoria” ante el rotundo deber, por el contrario, de reparación de *todos* los daños, materiales e inmateriales⁷⁹ – sin duda la cuestión de las exhumaciones y digna sepultura de los restos mortales habrá de ocupar, como ninguna otra, el centro de atención, pues como deja de manifiesto el caso Bámaca, no sólo se tratará de localizar y hacer entrega por parte del Estado de los restos mortales a fin de que reciban sepultura según sus costumbres y creencias, sino de brindar, además, las condiciones necesarias para trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares y su debido homenaje⁸⁰, en lo que nos sitúa en la antesala de un propio Plan Nacional de Exhumaciones y complementaria Base Nacional de Datos Genéticos que permita la correcta identificación de los desaparecidos.

Todo ello bien como congruente expresión de una sincera asunción de responsabilidad conforme la condena formulada por las instituciones democráticas nacionales – y el activo y exigente papel desempeñado por España en la última década cuando se ha tratado de violaciones de los derechos humanos cometidas fuera de nuestras fronteras –, bien como resultado de una sustanciación judicial en sede europea, inicialmente poco alentadora, tanto a la vista de los altos estándares internacionales analizados, como del nuevo y reforzado marco convencional propiciado desde Naciones Unidas, así como de la difícilmente contestable ausencia de la diligencia debida ante estas víctimas mostrada por nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, del que cabe esperar, por el contrario, que cumpla con normalidad sus obligaciones internacionales y trate de garantizar los derechos humanos de todos los ciudadanos sin distinción alguna en razón de las propias convicciones personales, incluso *a pesar* de haber optado por comprometerse con la defensa de nuestra democracia constitucional amenazada.

⁷⁹ Nos remitimos aquí nuevamente a la Resolución 56/83 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos señalará, art. 31: “El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”. Todo esta materia será además ampliamente desarrollada en su conjunto por los igualmente referidos *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, con independencia “de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado”, *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*, *ob cit*, pto. 9.

⁸⁰ *Molina Theissen*, *ob cit*, párr. 85; mientras la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, se señalará igualmente en su pto. 11: Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.