

La prolongada ausencia de una “investigación oficial” en el caso de los desaparecidos del franquismo como violación autónoma del “derecho a la vida familiar” y “trato inhumano” a sus familiares.

Nuevas perspectivas de tutela de “las otras víctimas” a la luz del caso *Srebrenica*.¹

Miguel Ángel Rodríguez Arias.
(mangel.rodriguez@uclm.es)
Instituto de Derecho penal Europeo e Internacional.
Universidad de Castilla-La Mancha.

10.2. Los miembros de la familia de las personas desaparecidas deben ser reconocidos como víctimas independientes de la desaparición forzada y les debe ser garantizado el “derecho a la verdad”, es decir, el derecho a ser informado del destino de los familiares desaparecidos.

Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas (25ª sesión).

Srebrenica es también el nombre de un síndrome postraumático, el síndrome experimentado por las mujeres, niños y ancianos que no murieron y que, desde julio de 1995, hace ya seis años, no tienen noticia de sus maridos, hijos, padres, hermanos, tíos o abuelos. Millares de vidas que, seis años después, continúan mutiladas, privadas del afecto y el amor de sus seres queridos, los cuales han quedado convertidos en meros fantasmas que regresan para rondarlas día tras día, noche tras noche.

Almiro Rodríguez, juicio al general serbio Radislav Krstić.

I. De la originaria responsabilidad de la dictadura por la violación de los derechos de los desaparecidos a la *adicional* esfera de responsabilidad por la tolerancia de la violación continuada de los derechos de sus familiares: la doble sustanciación del caso *Srebrenica*. **a)** Desaparecidos y familiares como víctimas del crimen de desaparición forzada y de la posterior omisión del Estado. **b)** Carácter autónomo y continuado de la adicional violación de los derechos humanos de los familiares de los desaparecidos, al margen de la sustanciación penal de las desapariciones: el espejo de *Srebrenica*. **II.** El contenido de las normas internacionales de derechos humanos como parte del *contenido constitucionalmente declarado* de los Derechos Fundamentales a la luz del artículo 10.2 CE y la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. **III.** Responsabilidad por “trato inhumano” y violación del “Derecho a la vida privada y familiar” de los allegados a la luz de los artículos 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos. **a)** El “trato inhumano” a los familiares de los desaparecidos en el artículo 7 PIDCP. **b)** El “Derecho a la vida privada y familiar” de los familiares de los desaparecidos en el artículo 17 PIDCP. **IV.** Responsabilidad por “trato inhumano” y violación del “Derecho a la vida privada y familiar” de los allegados a la luz de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los pronunciamientos del TEDH. **a)** El “trato inhumano” a los familiares de los desaparecidos en el artículo 3 CEDH. **b)** La cuestión del “Derecho a la vida privada y familiar” de los familiares de los desaparecidos en la jurisprudencia del TEDH. **V.** Conclusiones: nuevas perspectiva de acción nacional-internacional ante la violación autónoma del “derecho a la vida familiar” y el “trato inhumano” a los familiares de los desaparecidos del franquismo.

¹ Texto integro del artículo con el mismo título en publicación en la *Revista de Jueces para la Democracia*. Esta investigación queda dedicada al magisterio de Luis Arroyo Zapatero y Rosario de Vicente Martínez, *conditio sine qua non* en lo universitario para su existencia; junto a ellos es obligada la mención y el agradecimiento a Marina Gascón Abellán y Perfecto Andrés Ibáñez *cooperadores necesarios* de la acogida de toda esta línea de investigación contra la impunidad en *Jueces para la Democracia* desde el primer momento así como, especialmente, el agradecimiento a Ramón Sáez Valcárcel, siempre generosamente disponible para el intercambio de ideas durante la gestación de este trabajo. Como siempre, por encima de cualquier otro agradecimiento personal, este artículo debe ir dedicado a los defensores de nuestra República y a sus familias, aún a la espera de “Verdad, Justicia y Reparación”.

I. De la originaria responsabilidad de la dictadura por la violación de los derechos de los desaparecidos a la adicional esfera de responsabilidad por la tolerancia de la violación continuada de los derechos de sus familias: la doble sustanciación del caso *Srebrenica*.

a) Desaparecidos y familiares como víctimas del crimen de desaparición forzada y de la posterior omisión del Estado.

Ampliamente analizadas ya, en otro lugar², las implicaciones para los propios desaparecidos de la ausencia de una *investigación oficial efectiva e independiente* por parte de las autoridades españolas – sea en los términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos como, más ampliamente, a la luz del principio de diligencia debida del Estado sucesivamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – y precedido todo ello por las recientes actuaciones de la Audiencia Nacional en cuanto a la responsabilidad penal individual por los hechos materiales originarios que dieron lugar a la desaparición³, ha venido quedando en un segundo plano de atención la concreta situación jurídica de los familiares: como propias víctimas simultáneas, autónomamente consideradas, de la desaparición forzada de sus seres queridos.

Esto es, como propios sujetos pasivos, hondamente afectados en sus derechos fundamentales por la misma perpetración del crimen y la subsiguiente perpetuación de sus efectos en el tiempo debido a la posterior evolución de los acontecimientos, particularmente a la luz de la concreta actuación de las altas autoridades del Estado.

Así, la cuestión de la paralela, adicional, violación autónoma de los derechos de los familiares de los desaparecidos, continua resultando un aspecto jurídico habitualmente poco atendido pero que, a decir verdad, ha venido experimentado una firme evolución en las últimas décadas en el plano internacional, desde resoluciones históricas como la *Quinteros Almeida contra Uruguay* en sede del Comité de Derechos Humanos⁴, o la sentencia *Bámaca Velásquez contra Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵, o el caso Kurt contra Turquía de nuestro propio Tribunal Europeo⁶.

² Me remito así a mis recientes trabajos RODRÍGUEZ ARIAS, M. A. (2007): “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”, en: *Revista de Jueces para la Democracia*, n. 60, noviembre 2007, págs. 70-89; así como el más reciente “La nueva ley <<de la memoria>> y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo”, en: *Revista de Jueces para la Democracia*, n. 63, noviembre 2008, págs. 68-85, donde quedarán de manifiesto las distintas insuficiencias del modelo seguido por la ley de la memoria en su artículo 13 que básicamente vendrá a reproducir los planteamientos de la Orden de 1 de Mayo de 1940 “sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos” (BOE n. 130, de 09 de mayo de 1940) y que “delegará” la actividad de localización, exhumación e identificación de los desaparecidos en asociaciones y familiares en contradicción con los deberes de “investigación oficial efectiva e independiente” derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como han sido recientemente reafirmados en distintos posicionamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de distintos casos de fosas comunes halladas en Chechenia.

³ Junto a los propios autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008, y para una visión de conjunto, véanse los comentarios de CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2008): “La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo (Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008)”, en: *Revista la ley*, n. 7102, págs. 1-7

; respecto el denominado caso de los niños perdidos del franquismo véase así mismo, más detenidamente, mi estudio monográfico RODRÍGUEZ ARIAS, M.A. (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

⁴ *María del Carmen Almeida de Quinteros et al. v. Uruguay*, Communication No. 107/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 138 (1990).

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000; así como la sentencia de reparaciones de la misma Corte de 22 de febrero de 2002.

Y ello al mismo tiempo que instituciones como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa – en su Resolución de 3 de octubre de 2005 – señalaría han reconocido a este respecto cómo:

10.2. Los miembros de la familia de las personas desaparecidas deben ser reconocidos como víctimas independientes de la desaparición forzada y les debe ser garantizado el “derecho a la verdad”, es decir, el derecho a ser informado del destino de los familiares desaparecidos⁷.

O tal y como apuntará el artículo 24 de la nueva *Convención Internacional contra las Desapariciones forzadas*:

“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.*

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.*

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*⁸.

(...)

6. Sin perjuicio de la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, cada Estado Parte adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad.

Así, sintéticamente, y como ya tuve ocasión de señalar⁹, *debe darse alguna forma de investigación oficial efectiva cuando ha habido individuos asesinados como resultado del uso de la fuerza*¹⁰; Y si bien, en palabras del Alto Tribunal, qué forma de una tal investigación efectiva e independiente puede resultar apta a tales propósitos *pueda variar en diferentes circunstancias* – incluidas formas de investigación oficial sobre lo sucedido, el paradero e identificación de las víctimas, fuera del contexto penal pero, en todo caso,

⁶ *Kurt contra Turquía*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1998.

⁷ Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas (25ª sesión).

⁸ Nueva Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por unanimidad de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Diciembre de 2006; Como ya hemos anticipado en la cita introductoria de este estudio, en idéntico sentido se pronunciará el punto 10.2 de la resolución 1436 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas (25ª sesión); recuérdense así mismo los valiosos votos particulares al respecto de CASCADO TRINDADE y GARCÍA RAMÍREZ, en *Bámaca Velásquez contra Guatemala*; vid. *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000; así como la sentencia de reparaciones de la misma Corte de 22 de febrero de 2002.

⁹ Vid. “La nueva ley <<de la memoria>> y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo (...)”, *ob cit.*

¹⁰ *Kelly y otros contra el Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de mayo de 2001, párr. 94; Y en *Ogur contra Turquía* se hablará, más exactamente, del concepto de “*effective investigations capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the events in question*”, Vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo 5 de 1999, párr. 93; O como señalará igualmente el Alto Tribunal de forma gráfica y contundente ante la actitud de las autoridades en *Gongadze contra Ucrania*, al apreciar la violación del artículo segundo del Convenio Europeo en su vertiente procesal: “*The Court considers that the facts of the present case show that during the investigation, until December 2004, the State authorities were more preoccupied with proving the lack of involvement of high-level State officials in the case than by discovering the truth about the circumstances of the disappearance and death of the applicant’s husband*”, *Gongadze contra Ucrania*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2006, párr. 179.

llevadas a cabo por agentes públicos –, *las autoridades deben actuar de propia iniciativa una vez la cuestión haya sido suscitada a su atención*¹¹:

*El mero hecho de que las autoridades sean informadas del asesinato de un individuo da lugar, ipso facto, a la obligación, bajo el artículo 2 de la Convención, a llevar a cabo una investigación efectiva acerca de las circunstancias que rodearon la muerte (...) dicha obligación resulta igualmente aplicable en casos en los que una persona ha desaparecido en circunstancias que puedan ser consideradas como de temor por su vida. A este respecto, debe ser aceptado que cuanto más tiempo pase sin noticia alguna por parte de la persona que ha desaparecido, mayor resulta la probabilidad de que el o ella han muerto*¹².

O recordando lo señalado con particular contundencia en *Kelly contra el Reino Unido*: *(las autoridades) no pueden dejar esta cuestión a la iniciativa de los parientes para plantear una denuncia oficial o asumir la responsabilidad por el impulso de cualesquiera procedimientos de investigación*¹³.

De hecho, no siendo tampoco ésta, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una cuestión únicamente relativa a la existencia de una regulación *teóricamente* adecuada en el orden doméstico sino a su efectiva aplicación, cabiendo reconocer así como en *Taniş y otros contra Turquía*, *se entenderán igualmente violadas las obligaciones de investigación oficial y efectiva en un caso en el que el Tribunal llegará a reconocer una clara apatía y abstención, por parte de las fuerzas policiales, en el uso de los mecanismos teóricamente adecuados para desarrollar la investigación*¹⁴.

¹¹ Vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 1999, párr. 90; En el mismo sentido se pronunciaría el fallo *Tas contra Turquía Tas contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2000, párr.71.

¹² *Seker contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2006, párr. 67 y 69; De hecho, y como se puntualizará así mismo en *Seker contra Turquía*, “*This obligation is not confined to cases where it has been established that the killing was caused by an agent of the State*”, Idem, párr. 67; O como se precisará por su parte en *Tashin Acar contra Turquía* “*Such investigations should take place in every case of a killing resulting from the use of force, regardless of whether the alleged perpetrators are State agents or third persons. However, where an involvement of State agents or bodies is alleged, specific requirements as to the effectiveness of investigation may apply*”, *Tashin Acar contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2004, párr. 220.

¹³ *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 94.

¹⁴ Como sera señalado en *Taniş y otros contra Turquía*: “It follows that the authorities have failed to set in motion the machinery which in theory would be adequate to investigate the disappearance of Serdar Taniş and Ebubekir Deniz”, *Taniş y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de noviembre de 2005, párr. 209; De este modo, y entre otras características que ha de reunir la investigación oficial llevada a cabo por las autoridades del Estado, nos cabrá recordar las siguientes cinco notas esenciales, definitorias del umbral de diligencia debida establecido por la jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo conforme se sintetizará en *Kelly y otros contra el Reino Unido*: a) que sea capaz de llevar a determinar si el uso de la fuerza usada en el caso fue, o no, justificada por las circunstancias; b) a la identificación y castigo de sus responsables. Ello no es una obligación de resultado sino de actividad; c) las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para el aseguramiento de las evidencias relativas al incidente, incluidas, iter alia, los testimonios de testigos oculares, evidencias forenses, y donde ello resulte apropiado una autopsia que suministre un completo y riguroso expediente de las lesiones y un análisis objetivo de los hallazgos clínicos, incluida la causa de la muerte (...) toda deficiencia en la investigación que socave su capacidad para establecer la causa de la muerte o la persona responsable arriesgará la apreciación de su insuficiencia bajo un tal estándar; d) Un requerimiento de prontitud y expedición razonable resulta implícito en un tal contexto (...) debe ser aceptado que podrá haber obstáculos o dificultades que traben el progreso en una investigación en una determinada situación. En todo caso, una pronta respuesta por parte de las autoridades en la investigación del uso de la fuerza letal será habitualmente contemplado como esencial en el mantenimiento de la confianza de la ciudadanía en su adhesión al Estado de derecho y en la prevención de toda apariencia de colusión o tolerancia con actos ilegales; e) Por la misma razón, debe darse un suficiente grado de control público de la investigación o sus resultados para asegurar la exigencia de responsabilidades en la práctica tanto como en la teoría. El grado de control público requerido es susceptible de cambiar de caso a caso. En todos los casos, sin embargo, los parientes cercanos a la víctima deben ser tomados en cuenta en el procedimiento en la medida necesaria en que ello resulte preciso para salvaguardar sus legítimos intereses, *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit,

Es por todo ello que *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*¹⁵.

Incluidos, por tanto entre éstas, a los familiares de los desaparecidos.

Más aún cuando – parafraseando lo igualmente reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – la desaparición forzada “implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana”, de modo que la mera persistencia de tales situaciones supone “el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos”¹⁶; Y todavía – con especial relevancia en cuanto a los deberes de búsqueda de los desaparecidos por parte de las propias instituciones gubernamentales y no desde el ámbito familiar o de organizaciones sociales – :

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 solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con 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*¹⁷.

b) Carácter autónomo y continuado de la adicional violación de los derechos humanos de los familiares de los desaparecidos, al margen de la sustanciación penal de las propias desapariciones: el espejo de Srebrenica.

Nada de ello habrá de resultarnos ajeno, tampoco, a la luz de la experiencia comparada internacional del conocido caso de las fosas comunes de Srebrenica relativo a la desaparición forzada de entre 7000 y 8000 bosnios musulmanes a manos de tropas serbias en el contexto de la guerra civil de la antigua Yugoslavia y que, precisamente, resultaría objeto de un doble abordaje.

párrs. 96, 97, 98; Y así, cuestión distinta a la previsión de un régimen administrativo para tales prácticas auto exhumatorias de los muertos “de la familia”, será igualmente la observancia de que una investigación efectiva llevada a cabo por las autoridades conlleve el lógico deber de suministrar información y documentos a los familiares sobre el curso de la misma, de modo que no quede impedida la posibilidad de ejercicio de sus derechos como ha sido reconocido en casos como *Kişmir contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005, párr. 119 y 121; o *Koku contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005, párr. 157, vid así mismo el párr 143, en relación a la pasividad mostrada por la fiscalía, y, más detenidamente los párr, 153-161; Basta con tomar conciencia del mismo hecho de que la inspección de la fosa común – principal fuente de evidencias en estos casos – no sólo no esté siendo llevado por la policía judicial, sino que los elementos probatorios y restos mortales están siendo recopilados por familiares de las propias víctimas – con la consiguiente “contaminación” probatoria y merma de su eficacia procesal –; de la criticable falta de comunicación de la fiscalía de la Audiencia Nacional a los abogados de las familias respecto alguna de sus actuaciones, de las que en ocasiones han tenido conocimiento por la prensa; de los treinta años de Constitución transcurridos – veintinueve desde la ratificación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos –.

¹⁵ Haciendo nuestra las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su histórica sentencia ante el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* en materia de *diligencia debida* del Estado, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 176; vid. más ampliamente su estudio en, *Las Fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada*, *ob cit*.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, *ob cit*, párr. 158.

¹⁷ *Caso Velásquez Rodríguez*, *ob cit*. párr. 177, cursivas propias.

De un lado ante la Corte penal para la Antigua Yugoslavia en términos de responsabilidad penal individual de los autores materiales de los crímenes – esencialmente en los casos *Prosecutor v Drazen Erdemovic*¹⁸, *Prosecutor v Ladislav Kristic*¹⁹ y *Prosecutor v Blagojevic and Jokic*²⁰ –.

De otro, de un paralelo abordaje, al margen de dicha esfera de responsabilidad penal individual, ante la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina, como nos muestra el caso *Selimovic y otros contra la República Serbia*²¹, en tanto que órgano *ad hoc* de derechos humanos surgido de los acuerdos de paz de Dayton de 21 de Noviembre de 1995 encargado de dar aplicación del Convenio Europeo y dónde se entraría a conocer ya la adicional violación de los artículos 3 y 8 del mismo – trato inhumano y violación del derecho a la vida privada y familiar – respecto los familiares de los desaparecidos de *Srebrenica* y en virtud de la misma jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vinculante para España. De ahí su especial interés aplicativo para nuestro propio caso. Más aún cuando también en dicho caso arrancará de la superación de las alegaciones de problemas aplicativos, *ratione temporis* (igualmente presentes en nuestro propio caso español) al haberse producido la originaria perpetración de las desapariciones con anterioridad al 14 de Diciembre de 1995 – fecha de firma en París y definitiva entrada en vigor de tales acuerdos de paz –; objeciones aplicativos éstas que serán salvadas, precisamente, en virtud del específico *carácter permanente* del crimen de desaparición forzada, determinante de la proyección de la paralela violación de tales derechos humanos de los familiares más allá de la fecha del inicio de la desaparición y de la misma entrada en vigor de los posteriores acuerdos de paz, quedando salvaguardada, por tanto, la consiguiente competencia de dicho nuevo organismo para su tutela – la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina – que condenaría así la actuación posterior de las autoridades de la República Serbia, estableciendo la responsabilidad internacional del Estado.

No hay contradicción a este respecto en cuanto al consenso básico internacional existente. Sea la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso *Blake*²², como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde

¹⁸ *Prosecutor v Drazen Erdemovic*, N° IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996 y sentencia de apelación de 7 de octubre de 1997.

¹⁹ *Prosecutor v Ladislav Kristic*, N° IT-98-33-T, sentencia de 2 de agosto de 2001.

²⁰ *Prosecutor v Blagojevic and Jokic*, N° IT-02-60, sentencia de 17 de enero de 2005.

²¹ Caso *Selimovic y otros contra la República Serbia*, decisión de 7 de Marzo de 2003 de la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia Herzegovina.

²² Caso *Chapman Blake contra Guatemala*, pronunciamiento de 2 de julio de 1996 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De hecho dicha interpretación restrictiva, excluyendo la valoración de las responsabilidades por la propia desaparición, contravendrá los propios posicionamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que no establecerá diferencia alguna, dando lugar, así mismo, a los contundentes votos disidentes contra una tal “separación artificial” por parte de CANÇADO TRINDADE y VENTURA ROBLES, el primero de los cuales considerará rígidos los postulados *ratione temporis* del derecho de los tratados respecto de su aplicación en este tipo de delito: “al admitirse el examen de la desaparición forzada entre marzo de 1987 (fecha de la aceptación de la competencia de la Corte por parte de Guatemala) y junio de 1992, se relegan a un segundo plano los hechos que desencadenaron precisamente la desaparición forzada, como lo son la detención ilegal y la muerte, ocurridos en 1985”, de modo que esta decisión introducirá lo que el juez denominará como “separaciones artificiales entre los múltiples elementos que lo componen [al delito de la desaparición forzada de personas]”, y en este caso implica el “(...) desvincular el examen de la detención y muerte de una persona de la consideración de presuntas violaciones adicionales y continuadas de derechos conexos”. Para una recapitulación de un tal reiterado posicionamiento de CANÇADO TRINDADE, justamente con ocasión de desarrollo de la antedicha línea jurisprudencial, véase el apdo. “III. La Subsistencia de la Responsabilidad Estatal ante la Jurisdicción Autolimitada de la Corte”, párr. 43-50, de su voto disidente a la reciente sentencia Serrano Cruz contra Salvador; en el mismo sentido disidente y en el mismo caso Serrano Cruz al no entrarse a pronunciar la Corte por derechos como el derecho al nombre – en conexión al derecho a la identidad – el deber de proteger a la familia o los derechos de la infancia véase el voto de VENTURA

el caso *Chipre contra Turquía* – recientemente reiterada en el caso *Varnava y otros contra Turquía* –²³, sea el posicionamiento del Comité de Derechos Humanos en el caso de la niña de Mónaco de Gallicchio²⁴, contemplarán la figura de la violación continuada de los derechos amparados en sus respectivos tratados de referencia; y ello de manera independiente a los propios hechos originarios que dieron inicio a la desaparición forzada y pese a la habitual alegación de la inaplicabilidad del instrumento *ratione temporis* esgrimida por parte de los Estados implicados en tales casos.

O tal y como se apuntará en la misma línea desde el artículo 14 de la Resolución 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas – *Responsabilidad del Estado por*

ROBLES anexo a la sentencia, *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, sentencia de 21 de marzo de 2005. Daremos aquí, en todo caso, por suficiente la misma a los concretos efectos de mostrar la reconocible esfera de responsabilidad respecto los familiares de los desaparecidos, aún dando por buenos tales restrictivos postulados.

²³ Caso Chipre contra Turquía, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de Mayo 2001, párr. 158 en relación a la violación continuada del artículo 3 respecto los familiares de los desaparecidos; O en palabras de *Varnava y otros contra Turquía*: “*The inter-State case concerned the phenomenon of disappearances, which, although linked to a specific point of time when the missing person was last seen and the surrounding circumstances, may be distinguished from conventional cases of use of lethal force or unlawful killings (...). In the latter cases, the fate of the victim is known; the former are characterised by an ongoing situation of uncertainty and, not infrequently, callous inaction, obfuscation and concealment (...) even assuming therefore that an interpretation of a Convention provision cannot be retrospective in its application, this argument does not prevent an obligation of a continuing nature from being recognised as existing after that date*”, vid. *Varnava y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de enero de 2008, párr. 112; Caso éste donde, además, sería rechazada la objeción preliminar del Gobierno respecto la denominada regla de los seis meses para la presentación del recurso desde la decisión final de agotamiento de los recursos internos; y así, en términos evocadores del propio giro de los acontecimientos en nuestro propio caso español tras el inicio de las actuaciones por parte del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional: “*The Court would observe that there are differing types of “continuing situations (...) there are cases, such as disappearances, where the continuing situation flows from a factual situation arising at a particular point in time. In the latter, it cannot be the case that the relatives of a person that has gone missing at a specific point in time can wait indefinitely before bringing the matter either to the attention of the domestic authorities or this Court. As has often been said, the object of the six month time limit under Article 35 § 1 is to promote legal certainty, by ensuring that cases raising issues under the Convention are dealt with in a reasonable time. 118(...)*The Court notes that it was not until 22 January 1990 that Turkey recognised the jurisdiction of the old Court to examine applications, with the possibility that entailed of a public hearing and a binding judgment in which an award of just satisfaction might be made. The present applications were introduced three days after this. Accordingly, there is, in the Court’s opinion, no element of unreasonable delay in bringing these individual applications to Strasbourg in the circumstances. Whether applications introduced at a later date, in particular, long after the Court’s inter-State judgment had made public findings on the disappearances as whole, would comply with the requirement for due expedition remains to be decided in such cases as may arise”; De hecho, ahondando más en un tal concepto, y fuera ya del ámbito de la desaparición forzada de personas, ya desde *Papamichalopoulos y otros contra Grecia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había venido a admitir la validez de invocar la *violación continuada* de los derechos del Convenio Europeo, no ya únicamente ante la concurrencia de una figura jurídica específicamente calificada como de *carácter permanente*, sino bastando ya la constatación del mantenimiento *de facto* de sus efectos en el tiempo: “*Admittedly, Greece did not recognise the Commission’s competence to receive “individual” petitions (under Article 25) (art. 25) until 20 November 1985 (...)*The Court notes merely that the applicants’ complaints relate to a continuing situation, which still obtains at the present time”, y esto ya que *the Convention is intended to safeguard rights that are “practical and effective”*, lo que llevará al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a contemplar la validez de apreciar la existencia de una violación *continua* del artículo 1 del protocolo 1 (derecho a la propiedad). *Papamichalopoulos y otros contra Grecia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 1993, párr. 40-42 y 46; en la misma línea nos cabrá reconocer igualmente los posteriores pronunciamientos en *Agrotexim y otros contra Grecia*, Sentencia de 24 de Octubre de 1995, par. 58) y *Loizidou v. Turkey*, de 18 de Diciembre de 1996, en este último caso, de hecho, se rechazarán en principio las objeciones preliminares *ratione temporis* por apreciarse la viabilidad inicial de la continuación a los efectos vulneratorios del artículo 8, vida privada y familiar, y 1 del Protocolo 1, derecho de propiedad; párr. 47; véase igualmente la reiteración de todo esto en *Veeber contra Estonia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de Noviembre de 2002, párr. 54.

²⁴ Mónaco de Gallicchio, on her behalf and on behalf of her granddaughter Ximena Vicario v. Argentina, Communication No. 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995).

hechos internacionalmente ilícitos – en sus apartados 2 y 3, extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional:

“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.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el periodo en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación”²⁵.

Y ello al mismo tiempo que en los artículos 29 y 30 de dicha misma Resolución se contemplará tanto el deber del Estado responsable de poner fin a la situación internacionalmente ilícita, que continúa vigente, como el deber de cumplir con la obligación violada – al margen de la asunción de aquellas otras consecuencias jurídicas que derivasen de la misma²⁶ – reconociéndose además, ya en la Resolución 60/147, el deber de los Estados de adoptar “medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones”²⁷.

Por lo tanto, plenamente situados ya en otra esfera de responsabilidad distinta de la penal, y volviendo al caso comparado de las fosas de Srebrenica, en *Selimovic y otros* la condena de la República Serbia por el incumplimiento de los aludidos artículos del Convenio Europeo pivotaría netamente, no ya en torno a la autoría o responsabilidad por los crímenes originariamente perpetrados, sino en torno a la consiguiente violación del derecho de los familiares a conocer la suerte y paradero de sus seres queridos en ausencia de una tal “investigación oficial” por parte de las autoridades

167. Por lo tanto, la Cámara no es competente *ratione temporis* para considerar si los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Acuerdo del 14 de diciembre de 1995 dieron lugar a violaciones de los derechos humanos. La Cámara podrá, sin embargo, considerar relevantes las evidencias de tales acontecimientos como información contextual, o de antecedente, respecto de acontecimientos ocurridos después del 14 de diciembre de 1995 (...). 168. Sin embargo, tal como explicó la Cámara en *Unkovic v. la Federación de Bosnia y Herzegovina* (...) en las reclamaciones en nombre de los miembros de la familia que buscan información acerca de la suerte y el paradero de sus seres queridos que han sido hechos desaparecer desde el conflicto armado han aumentado las denuncias por una continua violación de los derechos humanos de los miembros de la familia por la parte demandada. *Tanto el artículo 3 como el 8 del Convenio Europeo imponen una obligación positiva de la parte demandada para investigar a fondo las denuncias de privación arbitraria de la libertad, incluso en los casos en que no puede establecerse, aunque se afirma, que la privación de libertad es atribuible a las autoridades.*

169 (...) Sin embargo, unos siete años después de los acontecimientos en cuestión, ninguno de los demandantes ha sido oficialmente informado acerca de la suerte y el paradero de sus seres queridos desaparecidos. *Por lo tanto, las alegaciones contenidas en la demanda conciernen a una violación continuada de los derechos humanos de los demandantes por la parte demandada, que*

²⁵ Véase igualmente los comentarios al respecto en CRAWFORD, James (2004): *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, pág. 174 y ss.

²⁶ Art 30. “Cesación y no repetición. El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin, si ese hecho continúa. B) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. Art 29. Continuidad del deber de cumplir la obligación. Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada”.

²⁷ Vid. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. pto. 22.a).

comenzó el 14 de diciembre de 1995 y continúa hasta la fecha actual. Y como tal, la demanda entra dentro de las competencias de esta Cámara, *ratione temporis*²⁸.

En cuanto a la propia violación de varios de los artículos del Convenio Europeo de forma independiente respecto los propios familiares de los desaparecidos, y comenzando por el artículo 8, el derecho a la vida privada y familiar²⁹, la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia Herzegovina señalará:

178. (...) A pesar de los intentos del ejército de la República Serbia de encubrir o destruir información acerca de los acontecimientos de Srebrenica, las autoridades de la República Serbia aún han debido tener acceso a información después del 14 de diciembre de 1995 con la que poder responder a las solicitudes de información de las familias de los bosnios desaparecidos de Srebrenica (...) *y, en cualquier caso, el hecho de que los miembros del Ejército de la República Serbia puedan haber destruido tales pruebas no exime al demandado de sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo. Por el contrario, parece que las autoridades de la República Serbia, de forma arbitraria y sin justificación, han fallado en realizar acción alguna para localizar, descubrir, o revelar la información solicitada por los demandantes acerca de sus seres queridos desaparecidos.* No hay pruebas, por ejemplo, de que las autoridades de la República Serbia hayan interrogado a alguno de los miembros del ejército de la República Serbia que participaron en los sucesos de Srebrenica, a otros posibles testigos, revelado la existencia de ningún tipo de prueba física que aún esté en su poder, o revelado cualquier información sobre la localización de las fosas comunes con miras a poner la información requerida a disposición de las familias de las víctimas de los acontecimientos de Srebrenica en julio de 1995. Esa inactividad o pasividad es una violación de las responsabilidades de la República Serbia en virtud del anexo 7 del *General Framework Agreement* y el *Process for tracing persons unaccounted for*³⁰.

Y, más concretamente, tomando debida constancia de la grave repercusión, concreta, hacia los derechos de los familiares de las masacres en las fosas:

180. En el contexto de la alegación de la existencia de una interferencia con el derecho al respeto de la vida privada y familiar, *la Cámara toma nota, en particular, del "catastrófico" impacto de los acontecimientos de Srebrenica en la vida de los miembros supervivientes de la familia de las personas desaparecidas, grupo entre los que se encuentran los demandantes en el presente caso.* Debido a que el paradero de sus seres queridos todavía no resulta oficialmente conocido, muchos son incapaces de cerrar este capítulo, para recuperarse psicológicamente, o para avanzar con sus vidas (...). A la luz del "excepcionalmente elevado" nivel de trauma causado – en parte por la falta de información sobre el paradero de sus seres queridos – el incumplimiento por la parte demandada al no adoptar ninguna acción encaminada a hacer que la información se encuentre a disposición de las familias de las víctimas de los acontecimientos de Srebrenica de julio de 1995 es particularmente notorio. 181. Por lo tanto, la Cámara llega a la conclusión de que la parte demandada ha incumplido sus obligaciones positivas de garantizar el respeto de los derechos de los demandantes protegidos por el artículo 8 del Convenio Europeo, ya que no se ha logrado hacer accesible y revelar la información solicitada por los demandantes acerca de sus seres queridos desaparecidos".

²⁸ Caso *Selimovic y otros contra la República Serbia*, ob cit.

²⁹ Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

³⁰ Caso *Selimovic y otros contra la República Serbia*, ob cit.

Por otra parte, en cuanto a la violación del artículo 3 – prohibición de la tortura y el trato inhumano³¹ – la Cámara de Derechos Humanos, vendrá a centrarse en un doble conjunto de circunstancias, relativas, de un lado, al propio familiar del desaparecido que alega la violación – en estrecha conexión con la desaparición y su propia actuación posterior – y, de otro a la actuación por parte de las autoridades:

Así, y en cuanto a las circunstancias y factores atinentes a la perpetración de la desaparición y al familiar del desaparecido:

185. En su jurisprudencia anterior, la Cámara ha reconocido el derecho de los miembros de la familia de las personas desaparecidas a conocer la verdad sobre la suerte y el paradero de sus seres queridos desaparecidos (...) En *Unkovik contra la Federación de Bosnia y Herzegovina*, la Cámara sostuvo que los factores extraordinarios a tomar en consideración respecto del miembro de la familia que alegaba sufrir una violación del artículo 3, por trato inhumano debido a la falta de información oficial sobre el paradero de un ser querido, son los siguientes:

- La consideración primordial es *que la dimensión y el carácter de la angustia emocional causada a los miembros de la familia sea distinta de la que sería inevitable para cualquier familiar de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos.*
- La *proximidad del vínculo familiar, otorgando un especial peso específico a la relación entre padres e hijos.*
- Las especiales circunstancias de la relación entre la persona desaparecida y el miembro de la familia;
- *La medida en la que el miembro de la familia fue testigo de los acontecimientos resultantes en la desaparición.* En todo caso, la ausencia de este factor no puede privar al miembro de la familia de su condición de víctima;
- *El contexto general de la desaparición, es decir, el estado de guerra, la amplitud del conflicto armado, la extensión de la pérdida de vidas;*
- *La cantidad de angustia y tensión causada a los miembros de familia como resultado de la desaparición;*
- *La implicación del miembro de familia en las tentativas de obtener información sobre el paradero de la persona desaparecida.* En todo caso la ausencia de quejas no tiene por qué privar necesariamente a la familia del estado de la víctima;
- *La persistencia del miembro de familia en el envío de las quejas, en la búsqueda de información sobre el paradero del desaparecido, y en la sustanciación de sus quejas* (caso No. CH/99/2150, *Unkovik*, decisión sobre la revisión del 6 de mayo 2002, párrafo 114, decisiones enero. Junio de 2002).

Por otra parte, y en cuanto a la separada valoración en el contexto del artículo 3 de la reacción y la actitud de las autoridades cuando la desaparición resultó presentada a su atención:

186 (...) Más aún, la característica esencial de la queja del miembro de la familia bajo el artículo 3, es la reacción y la actitud de las autoridades cuando la desaparición es presentada a su atención, los especiales factores tomados en consideración respecto de la parte demandada son los siguientes:

- La respuesta, reacciones, y actitud de las autoridades respecto a las quejas, e investigaciones para la obtención de información sobre la desaparición de la persona; complacencia, intimidación, y acoso por parte de las autoridades se pueden considerar circunstancias agravantes;
- *grado en el cual las autoridades condujeron una investigación significativa y completa en la desaparición;*
- la cantidad de información creíble proporcionada como ayuda a las autoridades encargadas de la investigación.

³¹ Artículo 3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

- *grado en el cual las autoridades proporcionaron una explicación creíble, verificada respecto la persona desaparecida, vista por última vez bajo la custodia de las autoridades;*
- *la duración de la carencia de la información prolonga el período de incertidumbre para el miembro de familia lo cual puede ser una circunstancia agravante,*
- *la implicación de las autoridades en la desaparición (caso No. CH/99/2150, Unkovik, decisión sobre la revisión del 6 de mayo de 2002, párrafo 115, decisiones enero. Junio de 2002).¹⁷*

En definitiva, la verificación de la existencia de una idéntica, “adicional”, esfera de necesaria protección de los derechos humanos de los familiares de los desaparecidos ante la actuación de las autoridades del Estado español será lo que aquí nos interese; a la luz de dicho antecedente internacional, Srebrenica, y del propio deber general de dar un tratamiento autónomo como víctimas a los familiares, si bien esto último a la luz de los propios tratados de derechos humanos firmados por España, – significativamente el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos³² y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³³, respectivamente ratificados en 1977 y 1979 – y su concreta imbricación, e implicaciones para nuestras autoridades, desde el ámbito del artículo 10.2 de nuestra Constitución.

Lo que nos llevará, a su vez, a dibujar una nueva subdivisión de consecuencias en lo nacional e internacional de dicha segunda, autónoma esfera, para actuar la tutela de los derechos humanos de los miembros de todas estas familias.

II. El contenido de las normas internacionales de derechos humanos como parte del *contenido constitucionalmente declarado* de los Derechos Fundamentales a la luz del artículo 10.2 CE y la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

La innovadora fórmula del artículo 10.2 de nuestra Constitución determina que:

10.2 Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.

Norma que, como ha tenido ocasión de señalar nuestro Tribunal Constitucional, establece así: “una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, *de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución*. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la

³² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, de 19 de Diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 27 de abril de 1977, BOE n. 103 de 30/4/1977.

³³ Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963, y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE n. 243 de 10/10/1979, págs. 23564 – 23570.

violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso”³⁴.

Y partiendo de esto, sin duda, los instrumentos más relevantes en virtud de dicho precepto Constitucional, y junto a la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, habrán de ser, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Al tiempo que el artículo 10.2 que ha de ser aquí particularmente conectado – en idéntico sentido a todo lo anterior, y a los efectos del presente estudio –, a los artículos 15 y 18.1 de nuestro texto Constitucional como derechos internamente consagrados de referencia³⁵. Y ello sin olvidar que el contenido de tales tratados ha de ser particularmente entendido a la luz de sus respectivos órganos de tutela e interpretación designados por los mismos, esto es, destacadamente, la prestigiosa, en todo caso vinculante para nuestro país³⁶, praxis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también las propias decisiones y observaciones generales del propio Comité de Derechos Humanos³⁷.

De este modo no se tratará, por tanto, “únicamente” de que con el artículo 96.1 de nuestra Constitución, “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno”, en términos de *bloque de constitucionalidad*, dada su elevada posición jerárquica dentro de nuestro ordenamiento – disciplinando el ordenamiento infraconstitucional – sino que los tratados de derechos humanos operarán disciplinando el contenido de los derechos fundamentales en el propio nivel constitucional. En ambos casos porque así lo ha querido nuestra Carta

³⁴ STC 36/1991, 14 de febrero, Fundamento Jurídico 5.

³⁵ Como es sabido, artículo 15: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)”; artículo 18.1: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

³⁶ Efectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es quien, en caso de disparidad de criterios entre el Estado – presuntamente infractor – y los demás órganos del Consejo europeo, fija definitivamente el sentido y contenido de los preceptos de la Convención que se consideran transgredidos y además, con naturaleza vinculante tanto para el Estado afectado como para los demás miembros de la Comunidad. Porque de acuerdo con el artículo 45 de la Convención su competencia se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la misma; y, según el artículo 46, su jurisprudencia es obligatoria de pleno derecho, APARICIO PÉREZ, M.A. (1989): “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, en: *Jueces para la Democracia*, n.6, pág. 17; cómo en especial cabe recordar respecto a dicho organismo internacional por parte de nuestro Tribunal Constitucional – igualmente en directa invocación del artículo 10.2 y ya desde sus primeros pronunciamientos –, en la sentencia 12/1981, de 10 de abril, recogiendo “el criterio sustentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 17 de enero de 1970 (caso Delcourt), aplicando el artículo 6.1 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, ratificado por España, con arreglo al cual hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, conforme al artículo 10.2 de la norma suprema”.

³⁷ Así, de nuevo con APARICIO PÉREZ: “en virtud de esa (...) especial fuerza receptiva que la Constitución otorga a este tipo de tratados, los criterios para la interpretación constitucional no sólo están contenidos en las propias disposiciones del tratado de que se trate sino que se hallan también en su *práctica normativa*, es decir, en las decisiones disposiciones y acuerdos que surjan de los órganos internacionales encargados de darles contenido, asegurar su cumplimiento y, en definitiva, interpretarles”. Con lo que nos encontramos ante una remisión a dos elementos “inescindibles”: las normas internacionales y la práctica internacional de esas mismas normas, “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española (...)”, *ob cit.*, pág. 11; viniendo a coincidir así igualmente con SANZ ARNAIZ que vendrá a destacar además, la especial importancia otorgada por nuestro Tribunal Constitucional a los organismos interpretativos y de aplicación de carácter propiamente jurisdiccional, como sería el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. “La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos (...)”.

Magna; en el caso específico objeto de nuestro interés, el del artículo 10.2, como expreso posicionamiento frente a las tesis contrarias a una tal apertura³⁸.

Esto es, el artículo 10.2 resulta plenamente vigente, la debida apertura constitucional es una realidad, y algunos de los posicionamientos jurídicos *carpetovetónicos* actualmente reconocibles ante el caso de los desaparecidos del franquismo – como si los tratados internacionales de derechos humanos que amparan a desaparecidos y familiares terminasen en los Pirineos –, fueron, justamente, los efectivamente *descartados* en el debate de su redacción, y no al revés. Basta abrir la Constitución y leer el artículo 10.2, y acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que a lo largo de todos estos años ha venido reconociéndole un tal papel a dicho precepto.

Y así, una vez más con nuestro Tribunal Constitucional, “no cabe desconocer (...) que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”³⁹. Y vincular de forma inmediata *a todos* nuestros poderes públicos, el Gobierno de nuestra nación, nuestras altas autoridades, la Administración General del Estado, los primeros.

Como ya señalara GONZÁLEZ CAMPOS, el artículo 10.2 comprenderá todos los tratados ya ratificados por España así como aquellos otros en los que nuestro país pueda ser parte⁴⁰ – y así el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos que sería ratificado ya en 1979, con posterioridad a la entrada en vigor del artículo 10.2 –; pero también habrá de ser tomada en consideración la específica incidencia de instrumentos sectoriales como ahora el nuevo Convenio de Naciones Unidas contra las Desapariciones Forzadas; y ello en tanto que, de hecho, dicha práctica interpretativa por parte de nuestro Tribunal Constitucional ha contemplado en ocasiones tratados internacionales no específicos de derechos humanos en la medida en que alguna de sus disposiciones permitiese interpretar el alcance de alguno de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna, e incluso – más allá de lo amparado por el propio artículo 10.2 de nuestra Constitución – ha llegado a tomar como parámetro interpretativo indirecto del alcance de derechos fundamentales consagrados otros textos internacionales

³⁸ Precisamente en este sentido contrario a tales efectos diferenciados del artículo 10.2, la argumentación del senador socialista Sainz de Baranda, que resultaría finalmente desatendida, al señalar: “Creemos que es innecesario y además, nocivo, porque al convertir en constitucionales los tratados y ordenar la integración del derecho español en ellos, lo que estamos haciendo no es una mera introducción en el orden jurídico interno de los tratados, sino que estamos construyendo una Constitución paralela, es decir, que si esta enmienda prospera, España tendrá dos Constituciones: la Constitución aprobada por nosotros como mandatarios del pueblo, más los textos vagos e incorrectos del Derecho internacional(...)”; no ciertamente dos Constituciones, pero si, en cambio, un texto Constitucional abierto el mismo, no ya su bloque, a la tratadística y praxis de la tutela internacional de los derechos humanos ha sido el resultado, Vid. APARICIO PÉREZ, M.A. “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución (...)”, *ob cit.*, pág. 10.

³⁹ STC 21/1981 de 15 de junio, Fundamento Jurídico 10; vid. así mismo la más reciente STC de 30 de 3 de 2000, reconociendo la especial relevancia hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos, como han tenido ocasión de destacar igualmente DE PRADA SOLAESA, BAYARRI GARCÍA y SÁEZ VALCARCEL con ocasión de su voto particular de 4 de diciembre de 2008, al auto de 2.12.2008 de la Audiencia Nacional, Vid. voto particular que formulan los magistrados José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel, Audiencia Nacional, Pleno Sala de lo Penal, Rollo de Sala 34/2008, pto. 3 de las conclusiones.

⁴⁰ Y así, tal y como ya hemos apuntado con la elocuente formulación de la sentencia 36/1991 - y en coincidencia con dicho autor - *en definitiva el artículo 10.2 ordena la forma de interpretar, la amplitud y el alcance de los derechos fundamentales*, vid. más ampliamente GONZALEZ CAMPOS, J.D. (1999): “Las normas internacionales sobre Derechos humanos y los derechos reconocidos en la Constitución española, Art. 10.2 C.E”, en: *Tres lecciones sobre la Constitución*, editorial Megablum, Sevilla.

sin naturaleza específica de tratado – de carácter por tanto no vinculante para los Estados, como ha sido el caso de las Recomendaciones de la OIT, y otros instrumentos de Naciones Unidas como ha puntualizado por su parte SANZ ARNAIZ⁴¹.

Como espero mostrar a continuación – a la luz de los distintos instrumentos internacionales a integrar vía artículo 10.2 de nuestra Constitución en el ámbito de los artículos 15 y 18.1 de la misma – nada de todo ello habrá sido tomado en consideración por nuestras sucesivas autoridades democráticas nacionales a la hora de proteger debidamente los derechos fundamentales de los familiares de los desaparecidos del franquismo, representando una situación tolerada a lo largo las últimas tres décadas; tres décadas de vigencia de nuestra Constitución y, por tanto, de vigencia de un tal sistema de *debida* integración interpretativa de la esfera constitucional, interna, y no ya “sólo” de debida observancia de sus obligaciones internacionales por parte de nuestros poderes públicos en materia de derechos humanos.

III. Responsabilidad por “trato inhumano” y violación del “Derecho a la vida privada y familiar” de los allegados a la luz de los artículos 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos.

Partiendo de la Observación General 31 al Pacto Internacional de Derechos Civiles formulada por el Comité de Derechos Humanos, cabe recordar en primer lugar como, “*el artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas*”⁴²; la obligación jurídica derivada del párrafo 1 del artículo 2 “es tanto de carácter negativo como positivo”⁴³.

Así, conforme habrá sido señalado respecto dicho artículo 2 “puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes”, incluso “como resultado de que los Estados Partes se permitan o no que se adopten las medidas adecuadas *o se ejerza la debida diligencia* para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas”⁴⁴.

⁴¹ SANZ ARNAIZ, A. (1999): “La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid; De hecho y en palabras del Comité de Derechos Humanos, no cabe olvidar como “Si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes”, Observación General n. 31, *Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*. U.N. Doc. HRI/1/Rev.7 at 225 (2004), pto. 11, cursivas propias.

⁴² Observación General n. 31. *Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*. U.N. Doc. HRI/1/Rev.7 at 225 (2004), pto. 7.

⁴³ Observación General n. 31, *ob cit*, pto. 6. Y así conforme al mismo: Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter (...).

⁴⁴ *Observación General* n. 31, *ob cit*, pto. 8, cursivas propias; Y todavía: “El pacto no puede considerarse como un sustitutivo del derecho interno penal o civil. Sin embargo, las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado,

Más aún y retomando el incumplido deber de España de abordar una investigación oficial efectiva en torno al paradero e identificación de desaparecidos de las fosas y de los niños perdidos:

“Se requiere en particular mecanismos administrativos para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos, dotadas de facultades adecuadas, pueden contribuir a tal fin. La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz”⁴⁵.

a) El “trato inhumano” a los familiares de los desaparecidos en el artículo 7 PIDCP.

De este modo y ya en cuanto al artículo 7 y la proscripción del trato inhumano, primero de los dos objetos de nuestro interés⁴⁶, y cómo había sido previamente desarrollado por parte de la Observación General 20 del mismo Comité:

“El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En sus informes, los Estados Partes deberán indicar *cómo sus legislaciones garantizan efectivamente el cese inmediato de todo acto prohibido por el artículo 7*, así como la concesión de una reparación adecuada”⁴⁷.

Y así:

“La finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. *El Estado parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7*, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado (...) *La prohibición enunciada en el artículo 7 se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral”⁴⁸.*

Más aún:

no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas”, pto. 8; de modo que tampoco en este último caso será posible hablar al hilo de acontecimientos recientes – muy criticablemente y desconociendo la noción de crímenes contra la humanidad, de la *aquiescencia* del Estado y del concepto de la *joint criminal enterprise* surgida a raíz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional de la Antigua Yugoslavia – de violaciones de derechos o actos “privados” y eximirse de su propia esfera de diligencia al respecto, en relación, por ejemplo, a la pretendida participación “de particulares” u organizaciones como Falange tanto en las ejecuciones como en el secuestro de menores en Francia y otros países.

⁴⁵ Observación General 31, ob cit, pto 15, cursivas propias; Y ello sin olvidar, tampoco, las paralelas implicaciones de la existencia de dichos mismos “mecanismos administrativos” suficientes también a los concretos efectos de la garantía de no repetición: “(...) los objetivos del Pacto no se alcanzarían sin una obligación integrada en el artículo 2 de adoptar medidas para evitar que vuelva a producirse una violación del Pacto”. Pto 17.

⁴⁶ Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

⁴⁷ Vid. Observación General N° 20, Artículo 7 – Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, 44° período de sesiones, UN. Doc. HRI.. (1992), pto. 14.

⁴⁸ Ptos. 2 y 5, Observación General 20, ob cit, cursivas propias; De este modo: “el pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato”, pto. 4 Observación General 20, ob cit, cursivas propias.

“El Comité observa que, en relación con la aplicación del artículo 7, *no basta con prohibir ese trato o castigo o con declararlo delito. Los Estados Partes deberán informar al Comité sobre las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que adopten para prevenir y castigar los actos de tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en todo el territorio sometido a su jurisdicción*”⁴⁹.

De modo que “el Estado parte deberá proporcionar información detallada sobre las salvaguardas previstas para la protección especial de las personas especialmente vulnerables”⁵⁰. Categoría ésta que, a nuestro juicio, ha de abarcar a los familiares de los desaparecidos del franquismo dada su ya avanzada edad, los largos años de padecimiento ya padecidos – injustificables, transcurridos ya 29 y 30 años desde la ratificación por parte de España de ambos instrumentos aquí analizados pero totalmente desatendidos en la materia – y, más aún, la especial necesidad de una pronta y diligente intervención acotadas las posibilidades de su realización por aquellas limitaciones propias a las expectativas de la vida biológica humana.

Y así – en convergencia con el propio carácter propiamente *absoluto* que le vendrá atribuido ex artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos a idéntica prohibición en el sistema regional Europeo –, “*el texto del artículo 7 no admite limitación alguna. El Comité reafirmó asimismo que, incluso en situaciones excepcionales como las mencionadas en el artículo 4 del Pacto, nada autoriza la suspensión de la cláusula del artículo 7, y las disposiciones de dicho artículo deben permanecer en vigor*”⁵¹.

Ni tan siquiera servirá ate el artículo 7 la invocación por el Estado firmante de cualquier posible amnistía doméstica:

Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”⁵².

Todo ello encontrará por lo demás un pleno encaje con el sentido maximalista, *absoluto*, otorgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al artículo 3.

Y así, en aplicación de todo ello al caso concreto de las desapariciones forzadas y como fuera ya señalado en el histórico pronunciamiento de 21 de julio de 1983 del Comité de Derechos Humanos ante el Caso *Quinteros contra Uruguay, la angustia y el estrés causado a la madre con la desaparición de su hija y por la situación de continua incertidumbre concerniente a sus circunstancias y paradero, determinaría el surgimiento de una nueva parcela de responsabilidad por lo (no) actuado por el Estado respecto los familiares de los desaparecidos: no sólo tenía el derecho a saber que es lo que le había pasado a su hija sino que, a tal respecto, la propia recurrente era víctima por la violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles*⁵³.

⁴⁹ Pto. 8, Observación General 20, ob cit.

⁵⁰ Pto. 11, Observación General 20, ob cit.

⁵¹ Pto. 3, Observación General 20, ob cit.

⁵² Pto. 15, Observación General 20, ob cit, puntualizándose todavía: “Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro.

⁵³ *María del Carmen Almeida de Quinteros et al. v. Uruguay, Communication No. 107/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 138 (1990), pto. 14; Concluyéndose por tanto: “16. The Human Rights Committee, acting under article 5 (4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, therefore concludes that responsibility for the disappearance of Elena Quinteros falls on the authorities of Uruguay and that, consequently, the Government of Uruguay should take immediate and effective steps: (a) to establish what has happened to Elena Quinteros since 28 June 1976, and secure her release; (b) to bring to justice any persons found to be responsible for her disappearance and illtreatment; (c) to pay compensation for the wrongs suffered; and (d) to ensure that similar violations do not occur in the future”.*

Histórica resolución ésta que sería sucesivamente recogida después en sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde nos detendremos muy brevemente todavía aquí ante la obligada alusión de su última jurisprudencia en la materia⁵⁴, además de en sede del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos como veremos también posteriormente.

Así, partiendo del caso *Chapman Blake contra Guatemala* donde la Corte Interamericana estimaría la *violación de la integridad psíquica y moral de los familiares* en los términos del artículo 5 del Convenio Americano *como consecuencia directa de un caso de desaparición forzada* – apreciado en tal sentido el “sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos”⁵⁵ – la definitiva consagración del entorno familiar como *víctima de desaparición forzada*, vendría dada ya a partir del caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*⁵⁶; y ello sea en relación a dicha misma *incertidumbre y sufrimiento* sobre la pérdida de sus seres queridos, como, también, en conexión al *derecho a conocer la verdad*, igualmente vulnerado, respecto a las circunstancias de la desaparición⁵⁷.

O en palabras del voto del juez CANÇADO TRINDADE en el mismo:

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

⁵⁴ Corte cuyos posicionamientos y extenso desarrollo de esta noción, merecen sobradamente todavía nuestra atención como auxilio a la toma de constancia jurisprudencial en el ámbito comparado de sus hondas implicaciones, aunque dicho órgano no pertenezca al sistema del Pacto Internacional, ni su jurisdicción haya sido en modo alguno aceptada por España, como a buen seguro, no tardarían algunos en recordar, remitiéndonos aquí por tanto más ampliamente a nuestro previo análisis de todo ello RODRÍGUEZ ARIAS, M. A. (2007): “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”, en: *Jueces para la Democracia*, n. 60, págs. 70-89.

⁵⁵ Vid. caso *Chapman Blake contra Guatemala*, pronunciamiento de 2 de julio de 1996 de la corte interamericana de derechos humanos, párr. 114, *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo de 25 de noviembre de 2000; y *así conforme los apartados primero y segundo del artículo 5 de la Convención Americana*: 1. toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo de 25 de noviembre de 2000, así como la sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002.

⁵⁷ Y así, en palabras de la Corte, “Estos padecimientos se extienden de igual manera a los miembros más íntimos de la familia, particularmente a aquéllos que tuvieron un contacto afectivo estrecho con la víctima. La Corte considera que no requiere prueba para llegar a la mencionada conclusión, aunque en el presente caso se encuentre probado el sufrimiento ocasionado a aquéllos. Asimismo, la impunidad imperante en este caso ha constituido y sigue causando sufrimiento para los familiares que los hace sentirse vulnerables y en estado de indefensión permanente frente al Estado situación que les provoca una profunda angustia”, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002, párr. 63-64. En cuanto al derecho a la verdad, igualmente plasmado como tal en la nueva Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, CANÇADO TRINDADE apuntaría igualmente en el caso *Bámaca*, una dimensión más amplia de la que se pueda desprender *prima facie* del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el derecho a la verdad: “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. (...) *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 ineluctablemente ligada a la propia realización de la justicia, y a la garantía de no-repetición de aquellas violaciones*”. Voto razonado del juez A.A. CANÇADO TRINDADE a la sentencia de fondo en *Bámaca Velásquez*, *ob cit*, párr. 32; Vid. Así mismo PÉREZ SOLLA, M^a. F. (2006): *Enforced Disappearances in internacional human rights*, Mc Farland and Company Inc. Publishers, North Carolina. pág. 91.

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 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 Humanos⁵⁸.

O como puntualizaría, a su vez, GARCÍA RAMÍREZ, al hablar de víctimas directas de la desaparición forzada (desaparecidos) e indirectas (familiares):

“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”⁵⁹.

Sentimientos éstos de *inseguridad, impotencia y angustia debido a la deficiente investigación emprendida*, que habría impedido sancionar a los responsables en una situación calificada de “imperio de la impunidad” durante varias décadas, nuevamente apreciados por la Corte Interamericana en los casos de desaparición forzada del niño perdido Molina Theissen o las niñas perdidas Serrano Cruz – en los que nos cabe reconocer así como una praxis internacional constante y plenamente vigente –:

“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 trata”⁶⁰.

Y ello al tiempo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos incidiría, nuevamente, en el derecho de los familiares de los desaparecidos *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 víctima”⁶¹.

Al tiempo que en el caso de las niñas Serrano Cruz contra el Salvador, se reiterará:

⁵⁸ 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, al que aquí remitimos más ampliamente además dado su particular interés; Véase junto a esto PÉREZ SOLLA, M^a. F. (2006): *Enforced Disappearances in international human rights*, Mc Farland and Company Inc. Publishers, North Carolina, págs. 95 y ss.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo del caso *Bámaca Velásquez*, párr. 4 y 5.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Molina Theissen contra Guatemala*, sentencia sobre reparaciones de 3 de julio de 2004, párr. 79.

⁶¹ Caso *Molina Theissen, reparaciones*, ob cit, párr. 81.

“El cumplimiento de las referidas obligaciones tiene gran importancia para la reparación de los daños sufridos durante años por los familiares de Ernestina y Erlinda, ya que han vivido con un sentimiento de desintegración familiar, inseguridad, frustración, angustia e impotencia ante la abstención de las autoridades judiciales de investigar diligentemente los hechos denunciados, así como ante la despreocupación del Estado por determinar dónde se encuentran mediante la adopción de otras medidas”⁶².

Y así:

“En cuanto a la madre y hermanos de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, la Corte ha presumido que los sufrimientos o muerte de una persona acarrear a sus padres y hermanos un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo (...) *es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el desconocimiento de lo sucedido a un hijo o hermano, máxime cuando se ve agravado por la impotencia ante la falta de las autoridades estatales de emprender una investigación diligente sobre lo sucedido*”⁶³.

En definitiva: junto a la propia desaparición originariamente perpetrada, la misma impunidad tolerada por las nuevas autoridades, y privación del derecho a conocer la verdad sobre la suerte de sus seres queridos, será igualmente causa de un trato contrario a los derechos humanos de las familias de los desaparecidos; trato inhumano igualmente reprochable, jurídicamente reprochable, al Estado.

Y todo ello habrá sido reiterado, además, en la reciente sentencia de 12 de Agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*:

*La Corte ha reiterado en múltiples ocasiones que los familiares de las víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas*¹³⁰. En este sentido, en otros casos el Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de familiares de víctimas con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos. Entre los extremos a considerar se encuentran los siguientes: 1) la existencia de un estrecho vínculo familiar; 2) las circunstancias particulares de la relación con la víctima; 3) la forma en que el familiar se

⁶² Caso *Serrano Cruz*, ob cit. párr. 177; O como la Corte señalaría todavía: Dicha falta de investigación respecto de lo sucedido a Ernestina y Erlinda y la determinación de su paradero ha sido y sigue siendo una fuente de sufrimiento para sus familiares, quienes han mantenido la esperanza de encontrarlas con vida y lograr un reencuentro familiar. Al respecto, la perito Ana Deutsch indicó que la incertidumbre de los familiares de no saber dónde se encuentran Ernestina y Erlinda “se exacerbó cuando, después de terminada la guerra[,] la familia renovó la búsqueda con la ayuda de instituciones [...] y no hub[o] resultados que aclararan el paradero de ellas. Con el correr de los años el impacto traumático se hizo más severo. [...] Se desarrolló una espiral de eventos que llevaban a la frustración y dieron lugar a una exacerbación o empeoramiento de la condición emocional de cada uno”. (...) Párr. 113; Al mismo tiempo, y en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “la madre y la hermana de Erlinda y Ernestina Serrano Cruz han sufrido desde el momento en que ocurrió la desaparición forzada. La falta de conocimiento sobre el paradero de las presuntas víctimas es causa de profunda angustia para sus parientes, quienes desconocen dónde se encuentran estas últimas y si están bien, “cuestión sobre la cual ninguna autoridad les ha brindado información”, párr. 108 b; Y todavía, DEUTSCH apuntará: “(...) ellas [las niñas Serrano] han ocupado siempre un lugar en el discurso familiar. Ellas siguen siendo una presencia en la familia, presencia que se hizo más intensa desde que se activó la búsqueda [y] al mismo tiempo se reactivó el dolor. [...] La familia definitivamente sufrió una crisis de identidad. La identidad de la familia estaba compuesta por todos sus miembros. Algunos niños murieron a edad muy temprana, pero la muerte de ellos tuvo explicaciones y la familia pudo asimilar sus ausencias. Las muertes debidas a ataques del ejército, muy dolorosas, pero con una definición de los hechos, lo que también facilitó el duelo. La ausencia de las niñas no tiene todavía una resolución dentro de la familia, por ello son una ausencia presente”, vid. *Serrano Cruz*, ob cit, párr. 35.

⁶³ *Caso Serrano Cruz*, párr. 159, cursivas propias.

involucró en la búsqueda de justicia; 4) la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones realizadas¹³²; 5) el contexto de un “régimen que impedía el libre acceso a la justicia”, y 6) la permanente incertidumbre en la que se vieron envueltos los familiares de la víctima como consecuencia del desconocimiento de su paradero⁶⁴.

Así, tal y como apreciará la Corte en el caso a examen:

La psicóloga Jacqueline Riquelme señaló que a raíz de la desaparición de su compañero, la señora Graciela De León “vive diariamente la experiencia traumática, que se advierte en su silencio, en el temor y su inhibición de participación social (...)”⁶⁵

Ahondándose todavía en ello a continuación:

En cuanto al efecto que la desaparición tuvo en los familiares de Heliodoro Portugal, la psicóloga Jacqueline Riquelme señaló que hasta que se encontró el cuerpo, la desaparición les hizo tener la esperanza de hallar a su ser querido vivo, pero la condición de “muerto vivo” del desaparecido no les permitió seguir el proceso natural de duelo y poner término a un largo proceso de dolor y separación⁶⁶.

Y junto a esto, reproduciendo los esquemas ya apuntados en Srebrenica y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Sumado al referido sufrimiento que a la familia del señor Portugal le ocasionó su desaparición, se agrega la actuación del Estado frente a las investigaciones realizadas. Al respecto, el señor Franklin Portugal De León manifestó que ha visto afectada su integridad psíquica y moral, ya que “no ha habido una respuesta definitiva [por parte del Estado acerca de lo sucedido a su padre] y que los culpables andan todavía libres sin recibir su castigo”. Consecuentemente, el señor Franklin Portugal se encuentra bajo atención médica psiquiátrica para tratar tales afectaciones. Además, en relación a la señora Patria Portugal, la psicóloga Jacqueline Riquelme relató: se observa en las reacciones psíquicas de la hija Patria, la más activa en la búsqueda de la verdad, mecanismos de defensa predominantemente de disociación durante las actividades de denuncia y los trámites judiciales, alternándose con periodos de depresión, rabia, hiperactividad en torno al problema y desaliento, especialmente por la imposibilidad de obtener justicia y reconocimiento.⁶⁷

En definitiva:

La Corte encuentra que la incertidumbre y ausencia de información por parte del Estado acerca de lo ocurrido al señor Portugal, que en gran medida perdura hasta la fecha, ha constituido para sus familiares fuente de sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos. Por

⁶⁴ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de Agosto de 2008, párr. 163.

⁶⁵ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, *ob cit.*, párr. 168. Y todavía: “Asimismo, la señora Patria Portugal, hija del señor Portugal, manifestó en la audiencia pública ante este Tribunal lo siguiente: “mi mamá con mi hermano en brazos y yo fuimos a las cárceles a buscarlo, a los hospitales [...] Fuimos a todas las cárceles y nos lo negaron”. Adicionalmente, la señora Patria Portugal señaló: yo he sufrido tanto la pérdida de mi padre, no por la muerte en sí [...], más que la muerte, su desaparición, golpearlo, torturarlo, desaparecerlo y dejar a su familia desprotegida y nosotros pensando, sin saber dónde está. Ese es el crimen más grande que puede haber porque uno no sabe dónde está. 169. Asimismo, el señor Franklin Portugal también señaló, respecto de su madre y su hermana: mi mamá [Graciela De León] sufrió mucho y todavía quedan las secuelas de la desaparición de su esposo. Ella sufre de nervios y la presión. Mi hermana también ha sufrido mucho, ya que siempre la encontraba llorando y pensando que mi papá algún día podría regresar (...)”, Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, *ob cit.*, párrs. 168-169.

⁶⁶ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, *ob cit.*, párr. 169.

⁶⁷ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, *ob cit.*, párr. 170-172.

lo expuesto, la Corte considera que la existencia de un estrecho vínculo familiar, sumado a los esfuerzos realizados en la búsqueda de justicia para conocer el paradero y las circunstancias de la desaparición del señor Heliodoro Portugal, así como la inactividad de las autoridades estatales o la falta de efectividad de las medidas adoptadas para esclarecer los hechos y sancionar a los responsables de los mismos, afectaron la integridad psíquica y moral de la señora Graciela De León y sus hijos Patria y Franklin Portugal De León, lo que hace responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las referidas personas⁶⁸.

b) El “Derecho a la vida privada y familiar” de los familiares de los desaparecidos en el artículo 17 PIDCP.

Junto a todo ello, y en relación ya al derecho a la vida familiar, nos corresponderá referirnos, así mismo, al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a tomar en consideración junto al propio tenor literal del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Artículo 17.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Artículo 12.

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

De este modo en el artículo 17 se prevé el derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como de ataques ilegales a su honra y reputación (...) este derecho debe estar garantizado respecto de todas esas injerencias y ataques, provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas. *Las obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho*⁶⁹.

Y así, conforme señalará el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud de dicho Pacto Internacional:

Los propios Estados Partes tienen el deber de abstenerse de injerencias incompatibles con el artículo 17 del Pacto y de establecer un marco legislativo en el que se prohíban esos actos a las personas físicas o jurídicas⁷⁰.

⁶⁸ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, ob cit., párr. 174-175. Artículo 5 de la Convención Americana, integridad personal, precisamente de reconocible similitud en su formulación, además, a nuestro propio artículo 15 CE, respecto a esa misma formulación positiva de la idea de integridad física mental y vida, que lleva a prohibir, en formulación negativa, el trato inhumano, escenificándose, hasta en la misma redacción, lo evidente de la doble convergencia entre la fórmula de tutela de uno y otro tratado Europeo-Americano, de nuestro texto interno español.

⁶⁹ Vid Observación General No. 16, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). pto. 1.

⁷⁰ Observación General 16, ob cit., pto. 9.

Y de igual modo que ante la vulneración del artículo 7 nuestro caso de referencia será *Quinteros*, ante la violación del artículo 17 el caso de referencia será *Mónaco de Gallicchio*, en un supuesto, justamente, de niños víctima de desaparición forzada de la dictadura argentina y ante la pretendida alegación de la abuela de la niña sea del artículo 14 bis de la Constitución argentina, que garantiza la protección de la familia, así como, junto a dicho artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, la alegación de los artículos 23 y 24 del mismo. Y así, en palabras del Dictamen sobre el fondo del Comité de Derechos Humanos:

En cuanto al derecho a la vida privada de Ximena Vicario y su abuela, es evidente que el secuestro de Ximena Vicario, la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S. S. constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto. Esos actos constituyen asimismo violaciones del párrafo 1 del artículo 23 y de los párrafos 1 y 2 del artículo 24 del Pacto. Sin embargo, esos actos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor para la Argentina, el 8 de noviembre de 1986(1), del Pacto y del Protocolo Facultativo, por lo que el Comité no está en situación, *ratione temporis*, de dictar una decisión al respecto. Sin embargo, el Comité podría determinar que ha habido una violación al Pacto si se considerase que los efectos continuados de esas violaciones constituyen en cuanto tales violaciones al Pacto⁷¹.

Y así – y a diferencia de la ausencia de actuaciones en el caso español en defensa del derecho a la vida privada y familiar –, si bien el Comité reconoce la seriedad con que los tribunales argentinos trataron de reparar los daños infligidos a Ximena Vicario y su abuela, observará que la duración de las distintas actuaciones judiciales se prolongó por más de 10 años, y que algunas de esas actuaciones aún no se encuentran terminadas⁷².

Y si – como ya hemos anticipado en cita de la Observación General 31 – “si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes”⁷³, con particular atención al caso de los niños perdidos del franquismo y de conformidad con instrumentos como los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*⁷⁴– cuyos deberes hacia los Estados han de resultarnos

⁷¹ Pto. 10. 4, del Dictamen del Comité de Derechos Humanos ante el caso *Gallicchio*, *ob cit.*

⁷² “El Comité observa que las graves violaciones del Pacto cometidas por el régimen militar de la Argentina en el caso que nos ocupa han sido objeto de numerosas actuaciones ante los tribunales del Estado Parte, los cuales han defendido, en definitiva, el derecho a la vida privada y a la vida familiar de Ximena Vicario y de su abuela”, pto. 10. 4 del Dictamen del Comité; y todavía: “El Comité observa que, entretanto, Ximena Vicario, que tenía 7 años de edad cuando fue hallada, alcanzó la mayoría de edad (18 años) en 1994, y que no fue sino hasta 1993 que se reconoció oficialmente su identidad legal como Ximena Vicario. En las circunstancias concretas de este caso, el Comité estima que la protección de los niños que se estipula en el artículo 24 del Pacto exigía que el Estado Parte tomara medidas positivas para poner pronto y eficaz remedio a la difícil situación de Ximena Vicario. En este contexto, el Comité recuerda su Comentario General sobre el artículo 24, en el que recalca que todo niño tiene derecho a las medidas especiales de protección que requiere su condición de menor; tales medidas especiales complementan las medidas que los Estados están obligados a tomar en virtud del artículo 2 para garantizar a toda persona el goce de los derechos reconocidos en el Pacto. Teniendo presentes los sufrimientos que ya ha padecido Ximena Vicario, quien perdió a sus padres en circunstancias trágicas imputables al Estado Parte, el Comité concluye que las medidas especiales requeridas en virtud del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto no fueron aplicadas con prontitud por la Argentina, y que el no reconocimiento del derecho de la Sra. Mónaco a representar a su nieta en las actuaciones judiciales relativas a la tutela y los derechos de visita, así como la demora en establecer legalmente el verdadero nombre de la Sra. Vicario y en emitir documentos de identidad también constituyó una violación del párrafo 2 del artículo 24 del Pacto, que tiene por objeto fomentar el reconocimiento de la personalidad legal del niño”, pto. 10.5 del Dictamen del Comité de Derechos Humanos ante el caso *Gallicchio*, *ob cit.*

⁷³ Observación General 31, *ob cit.*, pto. 11, cursivas propias.

⁷⁴ Vid. *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11 de febrero de 1998; Y todavía los puntos 7.2 y 10; Principio 7. 2. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán

igualmente invocables desde los argumentos *ratione temporis* anteriormente expuestos dada la naturaleza permanente de la desaparición y de los padecimientos a los familiares – , entre otros⁷⁵, nos cabrá recordar la especial incidencia con que los principios 16, 17 y 20 de los mismos, entre otros instrumentos, habrían de ser valorados:

Principio 16.

1. Los desplazados internos tienen derecho a conocer el destino y el paradero de sus familiares desaparecidos.

2. Las autoridades competentes tratarán de averiguar el destino y el paradero de los desplazados internos desaparecidos y cooperarán con las organizaciones internacionales competentes dedicadas a esta labor. Informarán a los parientes más próximos de la marcha de la investigación y les notificarán los posibles resultados.

3. Las autoridades competentes procurarán recoger e identificar los restos mortales de los fallecidos, evitar su profanación o mutilación y facilitar la devolución de esos restos al pariente más próximo o darles un trato respetuoso

4. *Los cementerios de desplazados internos serán protegidos y respetados en toda circunstancia. Los desplazados internos tendrán derecho de acceso a los cementerios de sus familiares difuntos.*

Principio 17.

1. Todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida familiar.

2. Para dar efecto a este derecho, se respetará la voluntad de los miembros de familias de desplazados internos que deseen estar juntos.

3. Las familias separadas por desplazamientos serán reunidas con la mayor rapidez posible. Se adoptarán todas las medidas adecuadas para acelerar la reunificación de esas familias, particularmente en los casos de familias con niños (...)"

Principio 20.

1. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Para dar efecto a este derecho, las autoridades competentes expedirán a los desplazados internos todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legítimos, tales como pasaportes, documentos de identidad personal, partidas de nacimiento y certificados de matrimonio. (...) En particular, las autoridades facilitarán la expedición de nuevos documentos o la sustitución de los documentos perdidos durante el desplazamiento, sin imponer condiciones irracionales (...).

en la mayor medida posible de que se facilita alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y de que no se separa a los miembros de la misma familia. Principio 10: "(...) Los desplazados internos estarán protegidos en particular contra: (...) d) las desapariciones forzadas (...)"

⁷⁵ No cabe olvidar aquí el alcance general, ante todo, del denominado derecho de Ginebra y las distintas obligaciones en materia de conflictos bélicos de carácter no internacional, los deberes de humanidad derivados del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, etc.; Valga lo mismo en relación a la *Cláusula Martens* de la Convención de la Haya, respecto la cual y su ratificación por España desde 1900 me remito sin más a mi análisis de la misma en mi monografía *El caso de los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, ob cit, págs. 70 y ss.

IV. Responsabilidad por “trato inhumano” y violación del “Derecho a la vida privada y familiar” de los allegados a la luz de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los pronunciamientos del TEDH.

a) El “trato inhumano” a los familiares de los desaparecidos en el artículo 3 CEDH.

Contemplado, por su parte, en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, varias habrán de ser las importantes puntualizaciones a suscitar a nuestros efectos a raíz de la praxis interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

La primera de todas será el reconocimiento de su carácter *absoluto e incondicional*, su condición central al contemplar “uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que integran el Consejo de Europa”⁷⁶. El artículo 3 se encuentra incluido en el artículo 15.2 del Convenio, referido a las disposiciones no derogables de la Convención. Por ello, debe prevalecer incluso “en tiempos de guerra u otras emergencias públicas que amenacen la vida de la nación” (artículo 15.1 del Convenio). Además, a diferencia de otros derechos y libertades incluidos en el Convenio, el artículo 3 no permite limitaciones por ley en ninguna circunstancia, aunque se trate de razones de seguridad, orden público u otras causas⁷⁷.

Y así, en el caso *Irlanda contra el Reino Unido*, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa, cuyo criterio se vería refrendado después en el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmaría:

*“Se desprende que la prohibición del artículo 3 es absoluta, y que no pueden presentarse en el contexto de la Convención, o en el Derecho Internacional, una justificación de actos que violentan tal disposición”*⁷⁸.

Partiendo pues de ello mismo, y una vez recibida en la jurisprudencia del Alto Tribunal la aludida doctrina *Quinteros* del Comité de Derechos Humanos en torno a la consideración del sufrimiento de las familias como trato inhumano, los resultados no podrían ser más contundentes – como hemos anticipado ya, en parte, al hacer referencia a la jurisprudencia de la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia Herzegovina basada en este mismo Convenio Europeo y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –.

De este modo, desde el conocido fallo *Kurt contra Turquía* – y en plena coincidencia con la previa toma de postura de la Comisión de Derechos Humanos – se señalaría:

*La Comisión consideró que la incertidumbre, duda y aprensión sufrida por la recurrente durante un prolongado y continuo periodo de tiempo le causó un severo sufrimiento mental y angustia. Teniendo en consideración respecto tales conclusiones que la desaparición de su hijo fue imputable a las autoridades la Comisión entendió que ella había sido objeto de trato inhumano y degradante dentro del ámbito del artículo 3*⁷⁹.

⁷⁶ *Soering contra Reino Unido*, 7 de julio de 1989, párr. 88.

⁷⁷ Vid. *El artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales (CEDR)*, pto. 4.2, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2370.pdf>.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Kurt contra Turquía*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1998, párr. 131; Así, conforme el Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos: “Nadie

Pero el reconocimiento de la posibilidad de calificar dicho sufrimiento acarreado a los seres queridos como trato inhumano bajo la convención no implicará tampoco – al menos actualmente – que en todo caso de desaparición forzada quepa considerar automáticamente la existencia de trato inhumano respecto los familiares y, por tanto, una vulneración autónoma por parte del Estado del artículo 3 del Convenio Europeo; y así en *Tas contra Turquía* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos matizará todavía:

*El caso Kurt no establecerá, sin embargo, ninguna suerte de principio general de que todo miembro de la familia de una “persona desaparecida” resulte por tanto víctima de un tratamiento contrario al artículo 3. Que un miembro de la familia sea considerado como una tal víctima dependerá de la existencia de factores especiales, que otorguen al sufrimiento del demandante una dimensión y carácter distintos, respecto el sufrimiento emocional que pueda ser considerado como inevitablemente causado a los seres queridos de la víctima de una grave violación de los derechos humanos.*⁸⁰

Y así, por ejemplo en el reciente fallo *Luluyev y otros contra Rusia* se señalará que al margen de la propia violación del artículo 2 – derecho a la vida – respecto el desaparecido *si un periodo de desaparición inicial es largo puede dar lugar en ciertas circunstancias a una consideración separada del artículo 3*⁸¹; y así se constatará dicho sufrimiento relevante en un periodo de 10 meses de incertidumbre en torno al paradero⁸².

Y de este modo, todavía en *Luluyev y otros contra Rusia*:

*La Corte reitera que la cuestión de cuando un familiar puede demandar ser víctima de un tratamiento contrario al artículo 3 dependerá de la concurrencia de factores especiales que dan al sufrimiento del recurrente una dimensión y carácter distinto de la desazón emocional que puede ser entendido como inevitablemente causado a los a los parientes de una víctima de una violación grave de los derechos humanos. Los elementos relevantes incluirán la proximidad de la relación familiar – habrá de darse un peso cierto al vínculo paterno-filial en dicho contexto – las particulares circunstancias de la relación, la medida en la que el miembro de la familia presencio los hechos, la implicación del miembro de la familia en el intento de obtener información sobre la persona desaparecida y la forma en la que las autoridades respondieron a tales investigaciones (...) Más allá de ello la Corte quiere enfatizar que la esencia de una tal violación no reside principalmente en el hecho de la “desaparición” del miembro de familia sino más bien concierne a la reacción y actitud de las autoridades ante la situación cuando es suscitada su atención sobre ello. Especialmente en cuanto a la tardanza con la que un pariente pueda reclamar directamente el hecho de ser víctima de la conducta de las autoridades*⁸³.

podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”; Vid. así mismo más ampliamente el epígrafe 4.a) del capítulo cuarto, “El sufrimiento de una vida a la espera como trato inhumano determinante de la posición jurídica de víctima de los familiares“ en: RODRÍGUEZ ARIAS, M.A. (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

⁸⁰ *Tas contra Turquía* de 14 de noviembre de 2000, párr. 79.

⁸¹ *Caso Luluyev y otros contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2007, párr. 114, en remisión a su vez al caso *Gongadze contra Ucrania*, *ob cit*, párr. 184-186.

⁸² *In the present case, the news about Nura Luluyeva's death had been preceded by a 10-month period when she was deemed disappeared and during which the investigation into her kidnapping was being conducted. The Court is thus faced with a situation in which there exists a distinct period during which the applicants sustained uncertainty, anguish and distress characteristic to the specific phenomenon of disappearances*dem, párr. 115.

⁸³ *Caso Luluyev y otros contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2007, párr. 111; en el mismo sentido vid. *Timurtas contra Turquía*, Sentencia de 13 de Junio de 2000, párr. 95; al tiempo que igualmente en *Tas contra Turquía*, dónde, retomando la cuestión de la relación materno-filial abordada en el caso Kurt, reiterará: “*The Court observes that in the Kurt case (Kurt v. Turkey judgment of 25*

Con todo, en el caso *Chipre contra Turquía* se recogerá la misma línea interpretativa en torno a la necesidad de la concurrencia de factores especiales que llegará hasta el aludido fallo *Luluyev*, como hemos visto, pero *se aportará todavía un nuevo factor adicional igualmente reconocible en el caso español, y que, de hecho, vendrá a ser considerado como prevalente a los demás para cualificar un tal sufrimiento incluso respecto familiares que no hubiesen sido testigos presenciales, o que no hubiesen tenido una especial implicación en las posteriores tareas de búsqueda e investigación: la ausencia de toda investigación en conexión al propio contexto o escala sobrecogedora de las propias desapariciones que adquirirá un carácter masivo superándose las 1500 víctimas, y que no puede sino poner inmediatamente perspectiva la ausencia de dicha misma investigación por parte de nuestras propias autoridades nacionales ante los más de 150.000 desaparecidos de las fosas y del indeterminado número de niños perdidos;* sumado a las circunstancias especiales ya antes reseñadas las consecuencias en relación a la aplicabilidad del artículo 3 del Convenio Europeo a nuestros efectos resultarán, por tanto, evidentes en un posicionamiento que nos resultará, por lo demás, de extraordinaria relevancia a la vista de nuestro propio caso español⁸⁴.

Simplemente: tan contundente dimensión del artículo 3 del Convenio Europeo interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede continuar siendo desatendida por nuestras autoridades nacionales en la interpretación del ámbito de tutela del artículo 15 de nuestra Constitución y la prohibición de todo trato inhumano. La apreciación de la particular escala de las matanzas y desapariciones, mucho más escalofriante de hecho en el caso español, desbordará incluso la exigencia de la concurrencia de determinados requisitos en Kurt.

Y en muy parecidos términos volvería a pronunciarse todavía la más reciente de las sentencias del Alto Tribunal Europeo en la materia, *Varnava y otros contra Turquía*, de 10

*May 1998, Reports 1998-III, pp. 1187-88, §§ 130-34), which concerned the disappearance of the applicant's son during an unacknowledged detention, it found that the applicant had suffered a breach of Article 3 having regard to the particular circumstances of the case. It referred particularly to the fact that she was the mother of a victim of a serious human rights violation and herself the victim of the authorities' complacency in the face of her anguish and distress", Tas contra Turquía, sentencia de 14 de noviembre de 2000 párr. 79; igualmente entre la jurisprudencia reconocible en sede del TEDH igualmente interesante resultará el voto particular del juez Costa, que expresará su desacuerdo respecto el hecho de no haber reconocido la equivalencia entre el tormento producido al recurrente por el secuestro y muerte de su propio hermano ante la indiferencia de las autoridades y el trato inhumano, en el sentido del artículo 3 de la Convención, y en este caso se tratará de "indiferencia" e inacción por sí misma considerada ya que el cuerpo aparecería a la semana de la desaparición forzada, abandonado en los alrededores del cementerio local y con evidentes signos de tortura, vid. *Celikbilek contra Turquía*, Sentencia de 31 de Mayo 2005.*

⁸⁴ En palabras de la Corte: "*The Court observes that the authorities of the respondent State have failed to undertake any investigation into the circumstances surrounding the disappearance of the missing persons. In the absence of any information about their fate, the relatives of persons who went missing during the events of July and August 1974 were condemned to live in a prolonged state of acute anxiety which cannot be said to have been erased with the passage of time. The Court does not consider, in the circumstances of this case, that the fact that certain relatives may not have actually witnessed the detention of family members or complained about such to the authorities of the respondent State deprives them of victim status under Article 3. It recalls that the military operation resulted in a considerable loss of life, large-scale arrests and detentions and enforced separation of families. The overall context must still be vivid in the minds of the relatives of persons whose fate has never been accounted for by the authorities. They endure the agony of not knowing whether family members were killed in the conflict or are still in detention or, if detained, have since died. The fact that a very substantial number of Greek Cypriots had to seek refuge in the south coupled with the continuing division of Cyprus must be considered to constitute very serious obstacles to their quest for information. The provision of such information is the responsibility of the authorities of the respondent State. This responsibility has not been discharged. For the Court, the silence of the authorities of the respondent State in the face of the real concerns of the relatives of the missing persons attains a level of severity which can only be categorised as inhuman treatment within the meaning of Article 3. For the above reasons, the Court concludes that, during the period under consideration, there has been a continuing violation of Article 3 of the Convention in respect of the relatives of the Greek-Cypriot missing persons", Caso *Chipre contra Turquía*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de Mayo 2001, párr. 157-158.*

de enero de 2008, dónde tras retomarse el posicionamiento del caso Chipre contra Turquía, se reiteraría igualmente:

*The silence of the authorities of the respondent State in the face of the real concerns of the second applicants, relatives of the nine missing men, attains a level of severity which can only be categorised as inhuman treatment within the meaning of Article 3. It therefore concludes that, during the period under consideration, there has been a continuing violation of Article 3 of the Convention in this respect*⁸⁵.

Es en dicho específico contexto de masividad surgido de la jurisprudencia Chipre que adquirirá especial relevancia, además, la última jurisprudencia evolutiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Lyanova y Aliyeva contra Rusia y Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*, de 6 de Abril de 2009, y *Takhayeva y otros contra Rusia*, de 26 de enero de 2009, en cuyo análisis de los factores determinantes de la existencia de un “trato inhumano” prohibido por el artículo 3 del Convenio el Alto Tribunal referirá expresamente como elemento de juicio el del previo cumplimiento, o no, de los deberes de “investigación oficial efectiva e independiente” por parte de las autoridades del Estado conforme se deriva de la vertiente procesal del artículo 2, y que en los tres casos se entenderán incumplidos (*“Court’s findings under the procedural aspect of Article 2 are also of direct relevance here”*). En ausencia de una “investigación oficial efectiva e independiente” por parte de nuestras autoridades nacionales, y en presencia de una ley “de la memoria” que, de hecho, delega toda esta cuestión en particulares y asociaciones, dicho criterio jurisprudencial se suma a los otros criterios concurrentes apuntados en nuestro escrito de febrero, convergiendo en la apreciación del “trato inhumano” existente a los familiares de los desaparecidos del franquismo. En el análisis de conjunto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el caso Kurt, tales tres nuevas sentencias que aquí adjunto suponen una profundización en el concepto de “trato inhumano” inaceptable en nuestro continente, y explicita plenamente la íntima relación existente entre la vulneración del artículo 2 y del artículo 3 del Convenio Europeo ante casos de desapariciones forzadas: entre la violación de los derechos fundamentales de la víctima directa de la desaparición y de las víctimas indirectas que son su entorno familiar.

No emprender una “investigación oficial efectiva e independiente” es someter al entorno familiar a un sufrimiento mental y una angustia derivado de la incertidumbre y el desconocimiento de la verdad de lo acaecido con su ser querido, constitutivo de trato inhumano conforme el artículo 3 del Convenio Europeo; sufrimiento éste diferenciable, adicional, al propio sufrimiento “inevitable” a la propia ejecución del ser querido (*“a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of a serious human-rights violation”*).

En *Lyanova y Aliyeva contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento de la suerte paradero del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 8 años (párr. 117)

En *Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento de la suerte del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 5 años (párr. 88)

⁸⁵ Vamava, enero 2008, 138

En *Takhayeva y otros contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento de la suerte del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 4 años (párr. 102)

Cifras todas estas que no tienen parangón con el completo abandono de los deberes de “investigación oficial efectiva e independiente” durante décadas por parte de nuestras autoridades.

Más aún, y en otra nueva sentencia igualmente valiosa y novedosa en la jurisprudencia de Estrasburgo, *Khadzhiyev y otros contra Rusia*, también de 6 de abril de 2009 y relativa a otro caso de desapariciones en Chechenia, el Alto Tribunal Europeo entenderá ahora que incluso en un caso de breve periodo de desaparición – en el que fueron hallados los restos mortales de los desaparecidos tan sólo 4 días después, supuesto en el que se había venido rechazando la aplicabilidad autónoma del artículo 3, reconducido el conjunto del injusto hacia el artículo 2–, la prolongada imposibilidad posterior de proceder a un enterramiento adecuado durante casi 6 años será, en si mismo, constitutivo de un profundo y continuo sufrimiento más allá del inevitablemente causado con la propia causación de la muerte del ser querido, diferenciable del primero y por si mismo constitutivo de una violación autónoma del artículo 3 del Convenio Europeo como “trato inhumano”⁸⁶.

Por ello mismo – y como ya hemos abordado en virtud del artículo 10.2 de nuestra Constitución dicha nueva doctrina interpretativa del Tribunal Europeo en torno a lo que cabe considerar como “trato inhumano”, contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en casos de desapariciones y ejecuciones extrajudiciales – nada de ello puede sernos desconocido a la hora de interpretar el contenido jurídico de toda forma de “trato inhumano” igualmente prohibida por el artículo 15 de nuestra propia Constitución interna; con especial consideración al hecho mismo de que, además, en nuestro caso nacional, y en términos de valoración del injusto jurídico, dicha “profunda angustia” de los familiares constitutiva de “trato inhumano” y derivada de la imposibilidad de dar una adecuada sepultura a sus desaparecidos no se ha prolongado “durante casi 6 años”, sino, *durante más de 60*, mientras en nuestro país se continúa sin proceder a la “investigación oficial efectiva e independiente” de todos los casos de los que se tenga noticia, sin tardanza y por propia iniciativa de nuestras autoridades – notas exactas que caracterizan dicho deber del Estado –, el desamparo de las familias en nuestro país, continua siendo completo.

b) La cuestión del “Derecho a la vida privada y familiar” de los familiares de los desaparecidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Junto a esto, y si bien una vez reconocida la existencia del sufrimiento y efectos adversos para la vida familiar en términos incompatibles con el artículo 3 del Convenio el

⁸⁶ En cita literal del Tribunal Europeo: “(...) *Nonetheless, in order to decide whether there has been a violation of Article 3 of the Convention in respect of the applicants, the Court deems it necessary to pay attention to the following. Ramzan and Rizvan Khadzhiyev’s corpses were dismembered and decapitated. Only some of their fragments were discovered, while the missing parts have not been found to date. For almost six years the applicants have been unable to bury the dead bodies of their loved ones in a proper manner, which in itself must have caused their profound and continuous anguish and distress. The Court thus considers in the specific circumstances of this case the moral suffering endured by the applicants has reached a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of a serious human-rights violation (...). In view of the above, the Court finds that there has been a breach of Article 3 of the Convention in respect of the applicants*”. Vid. *Khadzhiyev y otros contra Rusia*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de Abril de 2009, párrs. 121-122.

Tribunal Europeo entenderá habitualmente como innecesario entrar a pronunciarse *además* respecto la violación del artículo 8 propiamente dicho – derecho a la vida privada y familiar de los mismos –⁸⁷, interesa todavía destacar aquí las especiales implicaciones de dicho artículo 8 en el concreto caso de los *niños perdidos del franquismo*; en especial habida cuenta de cómo, en todo caso, la específica cuestión de la desaparición forzada infantil no ha venido siendo todavía materia de examen en el seno de la jurisprudencia del Alto Tribunal.

En todo caso, ya en otros pronunciamientos como *Gul contra Suiza* se sostendría como, en línea de principio, y en virtud del artículo 8 “(...) *un hijo nacido de la unión marital resulta ipso jure de esa relación; en consecuencia, desde el momento del nacimiento del niño y precisamente por ese mismo hecho, surge entre el y sus padres un vínculo que constituye la “vida familiar”, la cual no puede quebrantarse por eventos sucesivos que pueden tomar lugar (...)*”⁸⁸.

Y ello mismo habrá de ser reexaminado, además, prestando toda atención a las particulares notas diferenciadoras en el caso de los *niños perdidos del franquismo* (en nuestro caso *perdidos*, en tanto que víctimas de un crimen de desaparición forzada y que toda adopción derivada del mismo ha de ser tenida por nula a la luz del ya aludido artículo 24 de la nueva Convención de Naciones Unidas contra las Desapariciones Forzadas), a la luz de la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el caso *Odièvre contra Francia*, de 13 de febrero de 2003, en el que a través del artículo 8 la recurrente tratará de actuar su *derecho a la verdad* acerca del propio origen – no olvidemos a este respecto tampoco, ya en nuestro propio ámbito interno, la novedosa y reciente consagración del derecho a conocer los propios orígenes biológicos ex artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional⁸⁹– solicitando el levantamiento del secreto sobre el origen de su nacimiento, a fin de que la autorizasen a acceder a todos los documentos, incluyendo el acta de nacimiento completa, y ello frente a la ley francesa de 1993 que prohíbe el levantamiento del secreto sobre la identidad de la madre.

Y así en palabras del Tribunal Europeo en *Odièvre contra Francia*:

The expression “everyone” in Article 8 of the Convention applies to both the child and the mother. On the one hand, people have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life. The

⁸⁷ Vid. por todos *Cyprus*, en cuyo párr. 161 se sostendrá: “*The Court agrees with the Commission’s approach. In view of its conclusion under Article 3, with its emphasis on the effect which the lack of information had on the families of missing persons, it finds it unnecessary to examine separately the complaints which the applicant Government have formulated in terms of Articles 8 and 10 of the Convention.*”

⁸⁸ *Gul contra Suiza*, sentencia de 19 de febrero de 1996, párr. 32; Y todavía, en *Marck contra Bélgica*, de 27 abril de 1979, párr. 45: “(...) la vida familiar, en el sentido del artículo 8, incluye al menos los vínculos entre los familiares cercanos, por ejemplo, los existentes entre los abuelos y los nietos, ya que tales familiares podrían jugar un papel importante en la vida familiar”.

⁸⁹ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, BOE n. 312 de 29/12/2007, págs. 53676 – 53686; “Artículo 12. *Derecho a conocer los orígenes biológicos*. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin. Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia. Las Entidades colaboradoras que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor”.

*child's vital interest in its personal development is also widely recognised in the general scheme of the Convention (see, among many other authorities, Johansen v. Norway, judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, p. 1008, § 78; Mikulić, cited above, § 64; and Kutzner v. Germany, no. 46544/99, § 66, ECHR 2002-I). On the other hand, a woman's interest in remaining anonymous in order to protect her health by giving birth in appropriate medical conditions cannot be denied (...)*⁹⁰.

Esto es, en un contexto de adopciones llevadas a cabo en el caso francés dentro de la legalidad – y no en términos criminales de la máxima gravedad reconocida por el derecho como es la *lesa humanidad*, y por ello mismo imprescriptibles tales conductas y nullos de pleno derecho sus efectos – y frente a la implícita negativa de la propia madre biológica a revelar su verdadera identidad al amparo de dicha misma legalidad, del todo ausente en el caso español, cabrá entender el fallo contrario a la pretensión de la recurrente; en presencia por tanto, en el caso francés, de dos intereses privados, y no ya de un tercer interés público en la interrupción de una situación permanente de desaparición forzada, no digamos ya de tutela de los derechos de los familiares a la búsqueda de su ser querido ilícitamente arrebatado por la fuerza por parte de agentes del Estado⁹¹.

Es así que examinada la muy distinta naturaleza de los postulados de base del caso a examen francés, y del caso aún pendiente español, creemos plenamente cuestionable, por tanto, que la todavía vigente ausencia de regulaciones y mecanismos para garantizar el derecho a conocer sus orígenes biológicos en nuestro propio caso de los niños perdidos del franquismo quepa ser defendible, sin más, en nombre del consabido “margen de apreciación” por parte de los Estados miembros en relación a la implementación y tutela de los distintos derechos del Convenio Europeo⁹².

⁹⁰ *Caso Odièvre contra Francia*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003, párr. 44.

⁹¹ De hecho nuevamente y conforme el mismo punto 44 la Corte señalará: “(...) *In addition to that conflict of interest, the problem of anonymous births cannot be dealt with in isolation from the issue of the protection of third parties, essentially the adoptive parents, the father and the other members of the natural family. The Court notes in that connection that the applicant is now 38 years old, having been adopted at the age of four, and that non-consensual disclosure could entail substantial risks, not only for the mother herself, but also for the adoptive family which brought up the applicant, and her natural father and siblings, each of whom also has a right to respect for his or her private and family life*”, caso *Odièvre contra Francia*, *idem.*; pero en el caso español será justamente la familia natural, además de la propia madre, la que inste a la localización de su ser querido arrebatado.

⁹² Y así, siguiendo con *Odièvre contra Francia* “*In addition, while preserving the principle that mothers may give birth anonymously, the system recently set up in France improves the prospect of their agreeing to waive confidentiality, something which, it will be noted in passing, they have always been able to do even before the enactment of the law of 22 January 2002. The new legislation will facilitate searches for information about a person's biological origins, as a National Council for Access to Information about Personal Origins has been set up. That council is an independent body composed of members of the national legal service, representatives of associations having an interest in the subject matter of the law and professional people with good practical knowledge of the issues. The legislation is already in force and the applicant may use it to request disclosure of her mother's identity, subject to the latter's consent being obtained to ensure that her need for protection and the applicant's legitimate request are fairly reconciled. Indeed, though unlikely, the possibility that the applicant will be able to obtain the information she is seeking through the new Council that has been set up by the legislature cannot be excluded. The French legislation thus seeks to strike a balance and to ensure sufficient proportion between the competing interests. The Court observes in that connection that the States must be allowed to determine the means which they consider to be best suited to achieve the aim of reconciling those interests. Overall, the Court considers that France has not overstepped the margin of appreciation which it must be afforded in view of the complex and sensitive nature of the issue of access to information about one's origins, an issue that concerns the right to know one's personal history, the choices of the natural parents, the existing family ties and the adoptive parents. Consequently, there has been no violation of Article 8 of the Convention*”, caso *Odièvre contra Francia*, *ob cit.*, párr. 44.

Y por ello mismo entiendo que en el caso de los *niños perdidos del franquismo*, concurrentes en la actualidad claras expectativas de vida biológica de los niños arrebatados y de sus hermanos y en un puñado de casos hasta de sus madres, junto a la propia dimensión del sufrimiento de los familiares por la incertidumbre del paradero del desaparecido común a todos los casos, el debido cese de la injerencia ilícita de nuestras autoridades en la vida familiar de estas víctimas ex artículo 18 de nuestra propia Constitución interna – injerencia primero activa en el momento de la perpetración por los propios agentes del Estado, después omisiva en la tolerancia de la continuación de sus efectos ilícitos permanentes durante varias décadas – ha de mostrarse como de especial relevancia.

V. Conclusiones: nuevas perspectiva de acción nacional-internacional ante la violación autónoma del “derecho a la vida familiar” y el “trato inhumano” a los familiares de los desaparecidos del franquismo.

Resulta difícil sistematizar aquí la redimensión de toda la cuestión de los desaparecidos del franquismo que puede suponer la entrada en escena del “trato inhumano” y el “derecho a la vida familiar” de los desaparecidos a la vista de todo lo anterior. Sea en lo nacional que en lo internacional. Su extensión es tal que, necesariamente, ya en la recta final de este artículo, serán recogidas a modo de núcleos de futuros desarrollos:

1. En primer lugar, y recapitulando a la vista del análisis realizado, nos cabe sostener que nuestras autoridades nacionales están dispensando un trato contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y así, sin perjuicio de la adicional verificación de la concurrencia de los distintos factores a valorar requeridos por *Tas contra Turquía y Luluyev y otros contra Rusia* (del concreto grado e relación familiar, a los esfuerzos concretos realizados en la localización o el haber sido testigo preseñal de los hecho entre otros), en la generalidad de los casos de los desaparecidos españoles nos cabrá tomar en consideración la común concurrencia de:

a) El *criterio de cualificación* general derivado del *propio contexto o escala sobrecogedora de las propias desapariciones* especial sistematicidad y alcance de las matanzas – subsanador incluso de la carencia de algunos de los requisitos particulares aludidos (*Chipre contra Turquía y Varnava y otros contra Turquía*).

b) La progresiva toma en consideración en cuanto al trato inhumano del propio incumplimiento de los deberes de “investigación oficial efectiva e independiente” del artículo 2 del Convenio en el sentido de las últimas sentencias del Tribunal Europeo en relación de los casos de las fosas comunes chechenas (*Takhayeva y otros contra Rusia, Lyanova y Aliyeva contra Rusia, Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*), completamente omitida esta, más aún dificultada, con la anómala fórmula resultante de nuestra ley “de la memoria”; habiéndose llegando incluso en alguna de las instancias territoriales donde han comenzado a llegar los casos tras la inhibición a dejar de lado tales deberes de investigación, dando por satisfechos los mismos con una genérica remisión a la ley y los convenios de cooperación entre administraciones (así el auto de 29 de abril del juzgado de instrucción 2 de Porriño). A este último respecto habrá que reseñar, por tanto, la redimensión autónoma, de una especial intensidad, que ha de conllevar todo ello en los términos del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos más allá de la habitual alegación de indefensión; y no debería ser olvidada, tampoco, el complementario rol de la sentencia *Martínez Sala contra España* del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, donde ya se nos diría que ante alegaciones de trato inhumano contrario al artículo 3 en su sentido material, la inhibición en la investigación oficial efectiva de dichas alegaciones puede suponer, por sí misma, una violación procesal del artículo 3, apuntándose por tanto así una lógica paralela de evolución de toda esta materia a la del progresivo surgimiento de la distinción entre violación material y procesal del artículo 2 del Convenio Europeo.

c) El igualmente reseñable, y reciente, posicionamiento del Alto Tribunal en *Khadzhaliyev y otros contra Rusia*, ampliando en esta ocasión la noción de causación de sufrimientos a los familiares contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo en ausencia de la imposibilidad de dar un adecuado y digno enterramiento de los restos mortales en las particulares circunstancias del caso, prolongado durante casi seis años – no setenta – verdadera antesala de toda una previsible ampliación del espacio aplicativo del artículo 3 junto al previamente aplicado; confirmando además, nuevamente, por si cabía alguna duda, los malos vientos que soplan desde Estrasburgo para todo lo que se persiste en omitir por parte de nuestras propias autoridades nacionales.

d) la especial duración de los padecimientos del “mal vivir *a la espera*”, *durante varias décadas, en todos los casos*; así como, en casos concretos, el especial desvalor jurídico, lamentablemente ya en demasiados supuestos, de la cualificación del sufrimiento desde el “trato inhumano” hacia la propia cualificación como “tortura” del “mal morir *en la espera*” conforme aborde ya en mi previa monografía en torno al caso de los niños perdidos como crimen contra la humanidad. Cuestiones estas que, aún no habiendo sido tratadas específicamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han de encontrar en todo caso encaje en el sentido de la jurisprudencia evolutiva y la apertura de a noción de trato inhumano – incluso de tortura como calificación intensificada de *ese mal morir* más allá de la compasión del Estado– hacia hechos de una “especial infamia” que causen “sufrimientos graves y crueles”, evocada por *Selmouni contra Francia*.

2. Hablar de la violación del artículo 3 por “trato inhumano”, dada la especial posición – carácter “absoluto” – y alcance, que le atribuye el sistema del Convenio Europeo al mismo es hablar de algo de una extraordinaria gravedad. Que da lugar, por ello mismo, a la posibilidad de indagar en el posible uso de ello mismo respecto mecanismos específicos de recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asociados al artículo 3 en la práctica jurisprudencial y que, hasta ahora, en ausencia de una tal autónoma toma en consideración de dicho artículo, no habían sido acaso por ello suficientemente tomados en consideración. Y más aún en conexión a lo apenas apuntado respecto el riesgo cierto de ese adicional sufrimiento en el mal morir, tras el ya padecido a lo largo de toda una vida a la espera, y cuya evitación tras todo lo acaecido debiera ser la mínima responsabilidad que el sistema de tutela de derechos fundamentales debiera, al menos, ser capaz de ahorrarles a estas víctimas. Me refiero por tanto aquí a las posibilidades *excepcionales* de admisión a trámite por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *sin el previo agotamiento de los recursos internos nacionales*, en especial en presencia de *riesgo de daño irreparable al peticionario de seguirse la tramitación ordinaria nacional con pocas expectativas razonables de éxito*; y de una paralela activación junto a la propia actuación inicial, de las *medidas provisionales* previstas en el artículo 39 del Reglamento del Tribunal *con miras al interés de las partes o para la conducción apropiada del procedimiento en trámite*.

Tal riesgo de daño, ya irreparable, sería precisamente el caso concreto, a mi juicio, de los familiares de los desaparecidos del franquismo que están muriendo en la impunidad y abandono de nuestras autoridades. Muy especialmente a la luz de las reflexiones ya abordadas en otro lugar en torno a la posible cualificación de la figura del trato inhumano hacia la tortura más allá del sufrimiento de una vida a la espera ante supuestos de mal morir. Dicha situación inaceptable – incomprensible – tolerada por parte de nuestro Estado constitucional incita, por tanto, a vencer la prudencia que siempre ha de presidir el recurso a mecanismos jurídicos extraordinarios y abogar aquí por los mismos.

3. Al mismo tiempo hablar de miles de casos de familiares como posibles sujetos pasivos de una actuación del Estado calificable como contraria al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles nos ha de llevar igualmente a la toma en consideración de posibles actuaciones ante el *Comité contra la Tortura de Naciones Unidas*, dentro de sus funciones de *vigilancia de la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, y en relación a las situaciones del trato inhumano a los familiares de los desaparecidos del franquismo por parte del Estado español, de conformidad con la jurisprudencia analizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto como a la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como apunté igualmente en mi monografía sobre los niños perdidos; y ello sea en términos individuales de las víctimas concretas como colectivo de las propias asociaciones presentando un informe ante el mismo y pidiendo la elaboración de una investigación especial sobre la situación de los desaparecidos y sus familias en España.

4. Por otra parte, la toma en consideración del “derecho a la vida familiar” que, a mi juicio, hasta ahora no ha venido siendo objeto de la atención jurídica que mereciera ante la desaparición forzada de personas – salvo en lo apuntado con el caso *Srebrenica* tomado de referencia – una vez ya apreciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la violación del artículo 3, nos abre la puerta a otro nuevo espacio de investigación a la búsqueda de soluciones jurídicas aplicativas ante toda esta cuestión: las perspectivas aplicativas del denominado derecho de reagrupación familiar ante los casos de los desaparecidos del franquismo (con particular atención respecto los *niños perdidos*) y, más ampliamente, en el terreno del crimen de desaparición forzada tan poco analizado todavía a pesar de su extraordinaria complejidad e implicaciones derivadas de la especificidad, y excepcionalidad, de su arquitectura jurídica poliédrica, en insospechada conexión aquí y allá con distintos aspectos de nuestro ordenamiento. Este se me muestra a mi parecer como uno de ellos. De hecho es obligado reseñar como ningún caso de desaparición forzada infantil ha sido suscitado todavía a la atención del Tribunal Europeo y tratándose de “desaparecidos en vida” (con razonables expectativas de vida biológica), la cuestión de las posibilidades de recuperación de tales vínculos familiares en términos *restitutivos* frente a la injerencia ilegítima originaria como parte del deber del Estado adquiera una relevancia y autonomía propia más allá de la mera calificación del conjunto de sufrimientos emocionales como trato inhumano.

5. Así las cosas, por tanto, y abordadas ya tales precedentes apuntes al acaparo del análisis llevado a cabo, nos lleva a recapitular por tanto que a los efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el anómalo sistema de “auto-restitutio” familiar de la orden de mayo de Franco de 1940, vigente en España verbigracia de nuestra ley “de la memoria” que lo acoge, no resulta contrario “únicamente” a las obligaciones internacionales contraídas por España en virtud de los artículos 2 y 13 de dicho instrumento internacional como ya habíamos abordado en nuestro último trabajo, sino también de los artículo 3 y 8 como acabamos de tratar de mostrar.

6. Ya en el plano interno todo ello ha de determinar, en primer lugar la afectación de los artículos 15 y 18.1 de nuestra Constitución, en virtud de los efectos interpretativos internos determinados por el propio artículo 10.2 de la misma y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional analizado. Ello abre a su vez dos nuevas perspectivas de actuación en el orden interno:

a) En primer lugar el recurso a la intervención del Defensor del Pueblo de España, no ya respecto la situación o derechos de los desaparecidos en torno a los que se centran las actuales actuaciones penales en curso, sino en términos no jurisdiccionales en torno a las competencias que le son reconocidas por su Ley Orgánica (3/1981 de 6 de abril) para la tutela de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, que es donde se encuentran los artículos relativos a los derechos fundamentales de los familiares aquí analizados.

b) Igualmente, y una vez establecida la paralela afectación del Derecho Fundamental a la vida familiar otra posible vía a analizar podría serlo dentro del ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y todo el abanico de posibilidades abierta por la misma incluida la sustanciación por la vía procesal extraordinaria y urgente prevista en el artículo 53.2, de la Constitución y la propia posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la violación de tales derechos.

Artículo Primero.

Uno. El Derecho Fundamental al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Dos. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

Tres. El Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen es irrenunciable, inalienable e *imprescriptible*. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta Ley.

Artículo Noveno.

Uno. *La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2, de la Constitución.* También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dos. *La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.*

Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (...)⁹³

⁹³ Idem; Más aún a la vista del artículo cuarto del mismo: Artículo Cuarto. Uno. El ejercicio de las acciones de Protección Civil del Honor, la Intimidación o la Imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren

*El plazo de cuatro años para el ejercicio de tales acciones al que se refiere el apartado quinto del mismo artículo⁹⁴, habrá de quedar referido a la entrada en vigor de la nueva ley “de la memoria”, mediante la que, defraudando todas las expectativas que la misma había generado al respecto vendrá a introducir la definitiva inhibición *de iure* de las obligaciones de “investigación oficial efectiva” por parte del Estado en incumplimiento de las obligaciones del Estado.*

c) Una última perspectiva de actuación interna derivada de la toma en consideración interna de la posible existencia de tratos inhumanos contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo, y que habrá de ser, al menos, finalmente apuntada aquí por complitud en la mención, y dadas las interesantes cuestiones jurídicas que plantea para su estudio, sería aquella de la posible toma en consideración de los supuestos comisitos de los artículos 174 y 176 del Código penal, y la expresa toma en consideración, por parte de los mismos, de la fórmula *omisiva* de su comisión – faltando a los deberes de su cargo –, en tanto que nuestro Código penal no únicamente tipifica la tortura como método para la obtención de información sino, también, el sufrimiento mental "*por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*" – en conexión al anómalo trato dado una y otra vez a los desaparecidos del franquismo por parte de nuestro ordenamiento – "*que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales... o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral*"⁹⁵.

transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

⁹⁴ Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

⁹⁵ De hecho, y en esta misma línea es obligado recordar aquí nuevamente la Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas: "10.3.8. El incumplimiento del deber de investigar efectivamente toda presunta desaparición forzada debe constituir un crimen independiente conminado con una pena adecuada. El ministro y/o el jefe de departamento responsable de las investigaciones deben ser hechos responsables bajo la ley penal por dicho incumplimiento", con todas las cuestiones a desarrollar y a tomar en cuenta al respecto que se quieran, pero sin olvidar tampoco la significación de un tal llamamiento por parte del Consejo a los Estados miembro.