

La calificación del secuestro de
menores durante el Franquismo como
crimen contra la humanidad y la
lucha contra su impunidad en el
Estado español

Autora: Eulàlia Millaret Lorés

Memoria final del Máster en Estudios
Internacionales

Curso 2012-2013

Dirigida por: Rosa Ana Alija Fernández

1. INTRODUCCIÓN	p.3
2. EL SECUESTRO DE MENORES EN EL FRANQUISMO	p.5
2.1. MARCO HISTÓRICO	p.5
2.2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES	p.7
2.3. BALANCE	p.9
3. EL SECUESTRO DE MENORES: UN CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD	p.11
3.1. GÉNESIS Y PROCESO DE TIPIFICACIÓN	p.11
3.2. ELEMENTOS DEL CRIMEN	p.19
3.3. EL SECUESTRO DE MENORES COMO DELITO CONTINUADO	p.20
4. LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD DEL CRIMEN: VIABILIDAD DE SU ENJUICIAMIENTO	p.22
4.1. OBSTÁCULOS: LEY DE AMNISTÍA 1977	p.22
4.2. VIABILIDAD DE SU ENJUICIAMIENTO	p.25
4.2.1. Antecedentes	p.25
4.2.2. Viabilidad de su enjuiciamiento en la actualidad	p.28
5. CONCLUSIONES	p.31
6. BIBLIOGRAFÍA	p.32
7. DOCUMENTACIÓN	p.34

1. INTRODUCCIÓN

Entre el 1 de abril de 1939 y el 20 de noviembre de 1975, el Estado español vivió sometido al peor régimen de dictadura militar jamás visto en la historia del país. Fue instaurado como consecuencia de un golpe de estado perpetrado por militares del ejército español contra el Gobierno de la Segunda República, vigente en aquel momento. En aras a garantizar su perpetuidad, y tal y como reconoce el Profesor P. Pagès, “el régimen franquista fue configurándose, ya durante la Guerra Civil, como un régimen autoritario, perfectamente comparable a los regímenes fascistas europeos, como los de Alemania o Italia”¹, y por ello, una de sus principales características fue la utilización de la represión sobre la población como *modus operandi* por excelencia a lo largo de su existencia. Como es sabido, se trató de una represión económica, social, cultural e ideológica, perfectamente estructurada y organizada, que llevó la vida a miles de civiles, además del elevado número de desaparecidos durante la guerra y postguerra e incluso durante la dictadura, de quienes nunca más se supo su paradero.

A grandes rasgos, la política represiva fue ejecutada mayormente por el partido del Gobierno, la Falange Española, cuyo máximo exponente fue el mismo dictador, el General Francisco Franco Bahamonde (conocido como “El Caudillo”), la Brigada de Investigación Social y los Tribunales militares. Se trataba pues de una práctica llevada a cabo por los principales poderes fácticos del momento, y que además como veremos, contó con el beneplácito y la complacencia de la Iglesia Católica.

De la heterogeneidad de prácticas represivas llevadas a cabo durante la dictadura franquista este trabajo se centrará en unas víctimas muy concretas de la represión en las cárceles: los niños pequeños que junto con sus madres fueron encarcelados en condiciones inhumanas, así como los que nacían durante el presidio de sus progenitoras, y que o bien morían de hambre o por enfermedades, o bien a los tres años de edad ingresaban en colegios religiosos o en los hospicios del Auxilio Social falangista donde eran reeducados en contra de los idearios de sus progenitores, y con frecuencia puestos en adopción sin garantía alguna de volver junto a su familia².

¹ PAGÈS, P., *Franquisme i repressió: la repressió franquista als Països Catalans, 1939-1975*, Universitat de València, 2004, p.16.

² “Consideration should be given to the fact that children, specially the younger ones, could become a sort of tradable *object* and be given in adoption to couple who wanted a child and were perhaps willing to pay money to get one. If the children were given in adoption to reliable couples, they would not grow up as political opponents”. Vid SCOVAZZI, T., CITRONI, G., *The Struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, p.14.

Nos referimos al denominado caso de “los niños perdidos del Franquismo” o “niños robados por el Franquismo”, quienes representan un episodio poco conocido de la historia reciente de España³.

No fue hasta el 17 de marzo de 2006 cuando esta práctica fue condenada por parte del Consejo de Europa, en el marco del “Balance de los Crímenes del Régimen de Franco”. Conforme al referido Balance:

“72. Los *niños perdidos* son también parte de las víctimas del franquismo: se trata de hijos de presas cuyos apellidos fueron modificados para permitir su adopción por familias adictas al régimen.

73. Varios miles de hijos de obreros fueron también enviados a instituciones del estado porque el régimen consideraba su familia republicana como “inadecuada” para su formación.

74. Niños refugiados fueron también secuestrados en Francia por el servicio exterior de repatriación del régimen y situados posteriormente en instituciones franquistas del Estado.

75. El régimen franquista invocaba la *protección de menores* pero la idea que aplicaba de esta protección no se distinguía de un régimen punitivo. Los niños debían expiar activamente los “pecados de su padre” y se les repetía que ellos también eran irrecuperables. Frecuentemente, eran separados de las demás categorías de niños internados en las instituciones del Estado y sometidos a malos tratos físicos y psicológicos”⁴.

Esta práctica institucionalizada adquiere una dimensión internacional desde los años 90, cuando aparece explícitamente tipificada en los instrumentos de Derecho Internacional como crimen de lesa humanidad⁵.

³ Destaca en este sentido el documental *Els nens perduts del franquisme* que los periodistas Montse Armengou y Ricard Belis decidieron elaborar para Televisió de Catalunya, a raíz de la investigación que el historiador Ricard Vinyes realizó sobre las prisiones de mujeres durante el franquismo, cuyos resultados plasmó en su obra *Irredentas. Las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas*. En esta publicación, Vinyes, R., reconoció que “en el transcurso de esta investigación aparecieron extraños indicios sobre la política seguida por el Estado con relación a miles de hijos de presas cuyos padres perdían la tutela cuando los pequeños eran ingresados en la red de beneficencia pública”. Televisió de Catalunya emitió dicho documental en dos partes en el Programa “30 minuts”, y fue también emitido en diversos canales de televisión a principios de 2002. Vid VINYES R., *Irredentas: las presas políticas y sus hijos en las cárceles de Franco*, Temas de Hoy, Madrid, 2002, p.15.

⁴ Condena de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) a la dictadura franquista, de 17 de marzo de 2006, Recomendación 1736, conforme al Informe del Comité de Asuntos Políticos de la PACE, de 4 de noviembre de 2005, Doc. 10737, traducción de IU Federal. Vid. Texto íntegro en inglés en la web del Consejo de Europa: <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17417&lang=EN>

⁵ “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un *crimen de lesa humanidad*”, art.5 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (A/RES/61/177, 20 de diciembre de 2006).

Este trabajo se centra primeramente en la contextualización y descripción del secuestro de menores durante el Franquismo en el Estado español.

En segundo término, se sitúa la práctica estatal en el plano internacional, analizando la génesis, el proceso de tipificación de los crímenes contra la humanidad y sus características comunes, así como los rasgos específicos de la desaparición forzada de personas, en tanto que conducta típica de los crímenes contra la humanidad.

Por ende, se aborda el análisis de las viabilidades de enjuiciamiento del crimen en la actualidad, partiendo de los antecedentes jurisprudenciales españoles, y a la luz del derecho aplicable.

2. EL SECUESTRO DE MENORES EN EL FRANQUISMO

En el presente apartado se estudia el marco histórico-temporal de las desapariciones infantiles durante la post-guerra y el franquismo, así como los principales rasgos de esta política institucionalizada y las consecuencias derivadas de dicha práctica represiva.

2.1.Marco histórico

Como es bien sabido, la Guerra Civil española (1936 – 1939) tuvo por objeto hacer caer el Gobierno de la Segunda República, instaurado en España legítimamente desde 1931. Así, a medida que las tropas sublevadas del general Franco iban ganando terreno y las principales ciudades claudicaban a su favor, las prisiones se llenaban de personas que habían sido leales a la República, a quien el régimen denominaba con menosprecio como “rojos”. En efecto, se buscaba la total depuración de este sector de la sociedad, y se utilizaron para ello todos los medios represivos posibles, bajo el amparo de la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y del comunismo⁶.

Entre los prisioneros había miles de mujeres militantes de partidos políticos de izquierda o, simplemente, esposas, madres o hermanas de republicanos, cuyos hijos e hijas con frecuencia ingresaban también en prisión. Así, muchos de los niños que nacieron en las cárceles o que ingresaron en la prisión con sus madres murieron de meningitis o de hambre, e incluso algunos de ellos fueron asesinados.

⁶ Boletín Oficial del Estado nº 62, de 2 de marzo de 1940, pp. 1537-1539.

Sin embargo, buena parte de ellos fueron separados forzosamente de sus madres y trasladados en centros asistenciales y escuelas religiosas, bajo el control del Patronato Central de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo, institución que se configuró como una red asistencial de madres e hijos; o peor aún, dados en adopción a familias afines al régimen fascista.

Mediante esta práctica clandestina se buscaba la “purificación de la raza española” (la Hispanidad), cuyos *complejos afectivos idóneos* eran la religiosidad, el patriotismo y la responsabilidad moral, tal y como reconoció el comandante Antonio Vallejo Nájera, jefe de los Servicios Psiquiátricos Militares que fundó en 1938 el Gabinete de Investigaciones Psicológicas con el objetivo explícito de “investigar las raíces biopsíquicas del marxismo”⁷, y demostrar empíricamente la inferioridad mental y la peligrosidad intrínsecas en el adversario político (militancia marxista y republicanos en general). Los primeros resultados de la investigación fueron publicados en la “Sección Científica” de la revista *Semana Médica Española* el mes de octubre del mismo año, bajo el título genérico “Psiquismo del fanatismo marxista”; y posteriores resultados fueron también publicados en la *Revista Española de Medicina y Cirugía de Guerra*. Este diagnóstico de la “patología” fue especialmente perjudicial para el colectivo femenino, pues se basaban en el principio de la “segregación total”, en virtud del cual la separación familiar de los hijos de las presas era altamente recomendada, para evitar que se contaminaran de los idearios republicanos degenerativos de sus progenitores⁸. Por ese motivo, muchos de los niños fueron trasladados a los centros de la red asistencial falangista o católica, donde se promovía “una exaltación de las cualidades biopsíquicas raciales y eliminación de los factores ambientales que en el curso de las generaciones conducen a la degeneración del biotipo”⁹.

Sin embargo, a la luz de las primeras cifras que el Ministerio de Justicia publicó en 1946 sobre los datos de los presos, no aparecía distinción alguna entre sexos ni edades, y se hacía constar sólo la naturaleza política de la encarcelación de los varones, mientras que entre las mujeres sólo había prostitutas y delincuentes.

⁷ Telegrama 1.565 que el Generalísimo remitió al Dr. Vallejo en agosto de 1938, autorizando la creación de esta institución de recerca militar, y que procede de la “Hoja de Servicios del teniente coronel Antonio Vallejo Nájera”; L.G.A. B-382, Archivo General Militar de Segovia.

⁸ “La segregación total de estos sujetos desde la infancia podría liberar a la sociedad de plaga tan temible”. VALLEJO NÁGERA, A., *La locura en la guerra. Psicopatología de la guerra española*, Librería Santarén, Valladolid, 1939, p.52.

⁹ VALLEJO NÁGERA, A., *Niños y jóvenes anormales* (S.E.), Capítulo titulado “Medio ambiente político”, Madrid, 1941, pp. 62 y ss.

Así pues, en las estadísticas oficiales, las presas por razones políticas y sus hijos fueron ocultados durante prácticamente toda la dictadura, y relacionados directamente con actividades delictivas. Exactamente lo mismo sucedió en las estadísticas ministeriales de presos de 1952¹⁰. Todo ello impidió conocer determinados episodios de la represión franquista, como por ejemplo las desapariciones de niños encarcelados.

Más aún, en una edición propagandística de 1948 sobre las prisiones españolas realizada por la Oficina Informativa Española, aparecía un balance muy positivo de la situación de los niños, concretamente los que se encontraban en la Prisión de Madres Lactantes (institución única y creada específicamente para lactantes, en Manzanares, Ciudad Real), que aseguraba que no eran separados de sus madres y eran debidamente atendidos de forma impecable. Pero, tal y como admite el historiador Ricard Vinyes, la realidad era otra en ese centro carcelario: la madre tan sólo podía estar una hora al día con su hijo, y ni siquiera se le permitía dormir junto a él. Sin embargo, desde 1940, la segregación de madres e hijos estaba institucionalizada en la Prisión de Madres Lactantes, así como en el resto de prisiones del país, gracias a la labor de la funcionaria de prisiones María Topete Fernández, quien, como directora de dicho centro, puso en práctica en el mismo el discurso segregacionista de Vallejo Nágera, especialmente dirigido a los hijos de las residentes “democrático-comunistas”¹¹.

2.2. Características principales

Fue precisamente a partir de 1940 cuando se implantaron las primeras medidas legislativas en aras a regular la situación de la población infantil en las prisiones. Así empezó a aparecer en los expedientes de las reclusas la siguiente anotación: “Destacamento hospicio”, en virtud de la cual se hacía referencia al procedimiento utilizado para denominar las operaciones de traslado forzoso de niños mayores de 3 años que tuvieron lugar entre 1940 y 1944, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, de quien dependía la Dirección de Prisiones. Y como no constaban inscritos en el *Libro de registro de entradas* de los centros penitenciarios, las mujeres presas no pudieron jamás tramitar ni reclamaciones ni peticiones de indemnización al Estado, pues sus hijos oficialmente no habían estado en prisión.

¹⁰ VINYES, R., *Irredentas: las presas políticas...*, ob.cit., p.44

¹¹ VINYES, R., ARMENGOU, M., y BELIS, R., *Els Nens perduts del franquisme*, 1a ed, Proa, Barcelona, 2002, p.47.

Destaca también la Orden del Ministerio de Justicia, de 30 de marzo de 1940, sobre la permanencia de niños en las cárceles, bajo la cual se estableció “que las reclusas tendrían derecho a amamantar a sus hijos y tenerlos en su compañía en las prisiones hasta que cumplieran la edad de tres años”¹². Incomprensiblemente, a partir de la aprobación de esta Orden empezaron las deportaciones infantiles desde las prisiones a instituciones tuteladas por el Estado, básicamente el Patronato de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo¹³.

Por otro lado, el Ministerio de Gobernación aprobó el Decreto de 23 de noviembre de 1940, sobre los huérfanos de guerra, que afectaba a los niños cuyos padres habían sido fusilados o desaparecidos. Según el art.5 del mismo, “las instituciones de beneficencia a quienes se encomiende la guarda y dirección de los huérfanos ostentarán, a todos los efectos jurídicos pertinentes el carácter de tutor legal de los mismos entendiéndose deferido dicho título por el simple hecho de poner los menores bajo su cuidado directo”¹⁴. De hecho, el propio Decreto precisaba que sólo podían obtener la tutela de los menores “personas irreprochables desde el triple punto de vista religioso, ético y nacional”, con lo que el grado de arbitrariedad en la toma de decisiones era extremadamente peligroso.

Para completar la regulación de la materia, una nueva Ley de 4 de diciembre de 1941¹⁵ permitió la inscripción en el Registro Civil de aquellos menores que no recordaran sus nombres, que hubieran sido repatriados o bien cuyos padres no podían localizarse, con un nombre distinto, según el criterio del Tribunal de Menores. Según disponía el articulado del texto:

“Si no se pudiera averiguar el Registro Civil en que figuren inscritos los nacimientos de los niños que los rojos obligaron a salir de España y que han sido o sean repatriados, se procederá a inscribir su nacimiento en dicho registro. Igual inscripción se hará, si resultasen infructuosas tales gestiones, respecto a los niños cuyos padres y demás familiares murieron o desaparecieron durante el Glorioso Movimiento Nacional”.

Esta medida legislativa facilitó el cambio de apellidos de los hijos de presos, exiliados y fusilados, además de adopciones irregulares.

¹² Orden de 30 de marzo de 1940 dictando normas sobre la permanencia en las prisiones de los hijos de las reclusas (Boletín Oficial del Estado nº 97, de 6 de abril de 1940, p.2354)

¹³ VINYES, R., *Irredentas: las presas políticas...*, ob.cit. pp.80-81

¹⁴ Decreto de 23 de noviembre de 1940 sobre protección a huérfanos de la revolución y de la guerra (Boletín Oficial del Estado nº 336, de 1 de diciembre de 1940, p.8253-8255)

¹⁵ Ley de 4 de diciembre de 1941 sobre inscripción de niños repatriados y abandonados (Boletín Oficial del Estado nº 350, de 16 de diciembre de 1941, pp. 9819-9820)

En ocasiones, simplemente se alteraron los datos de nacimiento de los menores para impedir que los padres buscaran a sus hijos, facilitando así también las adopciones. Otras veces, los hijos de las presas desaparecían en el momento del parto bajo régimen penitenciario. La cuestión se complicaba para las presas embarazadas condenadas a muerte, pues la ley prohibía el fusilamiento durante la gestación. En esos casos, las mujeres permanecían en la galería de penadas a muerte hasta el día del parto, y luego eran fusiladas.

2.3. Balance

Para comprender mejor el alcance de las políticas infantiles, citamos aquí algunos de los resultados.

En 1942, se encontraban en escuelas religiosas y establecimientos públicos 9.050 niños y niñas cuyos padres estaban en prisión, mientras que en 1943 la cifra se elevó a 12.042. Resulta interesante destacar que, de todos ellos, había 7.538 niñas (aproximadamente el 62,6%), las cuales ingresaban siempre en centros religiosos, mientras que los varones eran distribuidos en albergues y centros públicos¹⁶.

Entre 1944 y 1954, el Patronato de San Pablo, institución creada por el Ministerio de Justicia en 1943 y que desde 1945 asumió el cuidado de “todos los hijos de los reclusos”, gestionó el ingreso de 30.960 menores tutelados por el Estado, los cuales fueron distribuidos entre 258 centros, con una clara intención de reeducación masiva¹⁷. A esta cifra deben añadirse los 12.000 menores del Patronato de la Merced, institución predecesora del Patronato de San Pablo.

Todos ellos son los *niños perdidos*, entendiendo que *pérdida* significa “la desaparición forzada del derecho a ser formados por padres o parientes, los cuales perdieron a su vez el derecho a educarles conforme a sus convicciones, además de la desaparición física por un largo periodo de tiempo o para siempre”¹⁸.

La sustracción de menores fue posible en gran medida por la intervención de la Iglesia Católica, tal y como adelantábamos ya desde el principio del trabajo. De hecho, el Estado pagaba a los centros religiosos cuatro pesetas a diario por cada estancia de

¹⁶ Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo. *Memoria que eleva al Caudillo de España y a su Gobierno*, 1944, pp.202-221.

¹⁷ Ministerio de Justicia: *Patronato nacional de San Pablo para presos y penados. Primer decenio 1944-1954*. Anexo estadístico del texto mecanografiado. Entidades hasta 1956. Carpeta L.Pa. ADB.

¹⁸ VINYES, R., *Irredentas: las presas políticas...*, ob.cit., p.82.

hijo preso, importe que salía de las deducciones salariales del trabajo de los presos en los talleres¹⁹.

Las desapariciones de menores en la España franquista han sido a menudo objeto de comparación con semejante episodio ocurrido durante la dictadura militar argentina entre 1976 y 1983. En efecto, el caso argentino es el más conocido, en parte gracias al estudio elaborado por Ernesto Sábato a petición del Gobierno argentino, y publicado en 1985 bajo el título “Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas”. En él se diferencian seis tipologías sobre secuestros de niños, muchos de los cuales figuran como desaparecidos, y cuyas consecuencias, aplicables a cualquier situación, describió Sábato de ese modo:

“Despojados de su identidad y arrebatados a sus familiares, los niños desaparecidos constituyen y constituirán por largo tiempo una profunda herida abierta en nuestra sociedad. En ellos se ha golpeado a lo indefenso, lo vulnerable, lo inocente, y se ha dado forma a una nueva modalidad de tormento”²⁰.

A partir de este informe, el historiador Ricard Vinyes comparó las distintas tipologías de desapariciones infantiles en Argentina con el caso español²¹. Esta comparación le permite extraer las siguientes características de esta práctica en España:

- Primeramente, según Vinyes, dicha comparación permite valorar la “segregación”, incluso la “pérdida”, no como un accidente derivado del desorden social de posguerra, sino como un elemento propio de las prácticas represivas del Nuevo Estado, moralmente justificadas y argumentadas por una teoría social originada en su principio por el Ejército y desarrollada posteriormente por las instituciones del Estado, su burocracia y su legislación.
- En segundo lugar, las desapariciones en España fueron resultado de la purificación pública del país, es decir, de la depuración que el Estado consideró necesario establecer al hacer una división básica y estructural entre vencedores y vencidos. Por lo tanto, la “clandestinidad” de las actuaciones argentinas no

¹⁹ “The Church, for example, was responsible for taking babies and children away from mothers (“red mothers,” as they were called by the fascist forces, including the religious orders) who were jailed, exiled, or assassinated, and giving the children (without parents’ or families’ permission) to families close to the fascist regime who wanted children or to religious institutions as recruits for their orders. All of these children were given new names and did not know their true ancestry”, NAVARRO, V., “The case of Spain. A forgotten genocide”, en *Out of Bounds Magazines*, 16 de diciembre de 2008, p.3.

²⁰ Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca más*, Seix Barral / Eudeba, Barcelona, 1985, p.299.

²¹ VINYES, R., *Irredentas: las presas políticas...*, *ob.cit.*, pp.100-101

existió en España. Muy al contrario, el Estado constituyó la institucionalización del proceso legal, administrativo y burocrático, que facilitó las desapariciones, especialmente desde las cárceles de mujeres.

- En tercer lugar, la violación de los derechos humanos en el caso español fue tan exhaustiva como los permitieron las posibilidades del Estado. Sus actos no fueron esporádicos, ocasionales o accidentales, sino sistemáticos.
- Finalmente, los desaparecidos, en un contexto represor general deben ser considerados como una categoría de maltratados que deja de tener presencia física o civil, tal es el caso argentino. Pero en el caso español el elemento esencial no fue la desaparición civil, sino que lo genuino fue la “proscripción civil” que durará toda la vida: “un hijo de rojo, un hospiciano del Auxilio Social o de un convento, será siempre portador del estigma”²².

3. EL SECUESTRO DE MENORES: UN CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

3.1. Génesis y proceso de tipificación

El concepto de *crimen contra la humanidad* tiene su origen en la formulación de los Principios de Núremberg por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (en adelante, CDI) en 1950, a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947, en la que también se encomendó a la CDI la tarea de preparar un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad²³.

Estos Principios rigieron el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, y constituyeron además el punto de partida para la tipificación de los crímenes de Derecho Internacional, dentro de los cuales se reconocía una triple tipología: los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

²² VINYES, R., *Irredentas: las presas políticas...*, ob.cit., pp.98-101

²³ ONU, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*. 7ª ed., Nueva York, 2009.

Así pues, esta primera aproximación al proceso de tipificación puso de manifiesto que:

“Determinados crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial no eran crímenes de guerra propiamente dichos; se trataba de crímenes en los cuales las víctimas tenían la misma nacionalidad que los agentes, o la nacionalidad de un Estado aliado. Eran crímenes contra los fundamentos mismos de la civilización, prescindiendo del lugar y fecha en que se perpetraran”²⁴.

En este primer intento se reconocieron como crímenes contra la humanidad “el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra”.

La CDI inició el examen del proyecto de código de delitos en su primer período de sesiones en 1949, designando al Sr. Jean Spiropoulos relator especial para la cuestión. En su tercer periodo de sesiones, celebrado en 1951, la CDI presentó ante la Asamblea General el Primer Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, compuesto de sólo 5 artículos, y que debía someterse a los comentarios de los Estados.

Entre los delitos tipificados, la categoría de *crímenes contra la humanidad* del Estatuto del Tribunal de Núremberg fue sustituida por el tipo de *actos inhumanos*, punibles cuando fueran cometidos en el marco de los delitos definidos en el artículo 2²⁵. La Asamblea General no pudo considerar el Proyecto de Código y decidió que remitiría esta cuestión a la CDI. Según Casilda Rueda, “una de las razones para esta primera interrupción en los trabajos de la CDI se encuentra en el hecho de que pasada la euforia de la posguerra decayó el entusiasmo en la comunidad internacional respecto la condena de esa serie de ilícitos”²⁶.

No obstante, la CDI siguió trabajando en el tema y presentó en 1954 un nuevo Proyecto a la Asamblea General con un texto revisado por el mismo Relator especial.

²⁴ RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional*, Barcelona, Bosch, 2001, pp.135-136.

²⁵ Tales delitos son: agresión y amenaza de agresión, preparación del empleo de la fuerza armada contra otro Estado, incursión de bandas armadas en el territorio de otro Estado; emprender, estimular o tolerar luchas civiles o actividades terroristas en el territorio de otro Estado; otros actos que violen las obligaciones establecidas por un tratado internacional destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales; anexión de un territorio de otro Estado o bajo régimen internacional; genocidio, y violaciones de las leyes o usos de la guerra (art.2 del Proyecto de 1951).

²⁶ RUEDA FERNÁNDEZ, C. *Delitos de derecho internacional...*, op cit., p.77

Pese a que la Asamblea General suspendió su examen por considerar que este proyecto estaba demasiado vinculado a la definición de agresión²⁷, quedó de nuevo confirmada la existencia de crímenes contra la humanidad, aunque englobados en la categoría de *actos inhumanos*. De hecho, el proyecto describía como delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad los mismos actos calificados como genocidio en el art.II del Convenio de 1948 y en el Acuerdo de Londres, si bien se eliminaban las referencias a la comisión de los actos antes o durante la guerra o en relación o conexión con esta²⁸. Por lo tanto, no se califican estos actos como “crímenes contra la humanidad” sino como “delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, que son crímenes de Derecho Internacional. Tal y como admite Margalida Capellà i Roig, “se trataba de elaborar un código con los crímenes de Derecho Internacional más graves que podrían caer bajo la jurisdicción de un tribunal penal internacional”²⁹.

El Proyecto no contenía una definición propiamente dicha de “crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, tan sólo se refería a la categoría a la que pertenecían estos crímenes, esto es, a los crímenes de Derecho Internacional. Sin embargo, la expresión “paz y seguridad de la humanidad” utilizada en ambos proyectos (1951 y 1954) se correspondía con el término “paz y seguridad internacionales” consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, que indicaba un interés esencial de la comunidad internacional en su preservación y mantenimiento³⁰.

No fue hasta 1983 cuando la CDI retomó la discusión acerca del contenido del Proyecto de código, nombrando como Relator Especial encargado de la cuestión al Sr. Doudou Thiam. En este sentido, la Asamblea General de la ONU, mediante la Resolución 36/106 de 10 de diciembre de 1981, instó a la CDI a reanudar su tarea “teniendo en cuenta los resultados logrados en el proceso de desarrollo progresivo del Derecho Internacional”. En efecto, a esas alturas se habían producido ya grandes avances en el Derecho Internacional de los derechos humanos que claramente influyeron en los trabajos de la CDI. Nos referimos concretamente a la adopción en 1966 de los Pactos Internacionales en Derechos Civiles y Políticos, y en Derechos

²⁷ Resolución de la Asamblea General 897 (IX), de 4 de diciembre de 1954

²⁸ “Los *actos inhumanos*, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia” (art.2.11 del Proyecto de 1954).

²⁹ CAPELLÀ ROIG, M., *La Tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Universitat de les Illes Balears, Tirant lo Blanch, València, 2005, p.75

³⁰ CAPELLÀ ROIG, M., *La Tipificación internacional...*, *op.cit.*, p.80

Económicos, Sociales y Culturales; la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y el Protocolo que amplía su ámbito de aplicación (1967). Mediante la adopción de los citados instrumentos, apareció la *dignidad humana* como nuevo objeto de protección para la sociedad internacional, y que acabaría configurándose como principio estructural del Ordenamiento Jurídico Internacional³¹.

Tal y como reconoce Rosa Ana Alija Fernández, “el crimen contra la humanidad pasaba a ser entonces la modalidad criminal que castigaba *violaciones de derechos humanos particularmente graves*, abandonando definitivamente la idea de conectar su comisión con una situación de conflicto armado para justificar su incriminación internacional”³².

En 1991 la CDI adoptó provisionalmente en primera lectura un nuevo Proyecto de Código revisando el Proyecto de 1954, y volviendo a encuadrar los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad como crímenes de Derecho Internacional. Así, su art.1 se limitaba a señalar que “los crímenes de Derecho internacional definidos en el código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”. Además, la segunda parte del Proyecto, titulada “crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, redefine a los crímenes contra la humanidad en “violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos” (art.21)³³.

Años más tarde, en su 2454ª sesión celebrada el 5 de julio de 1996, la CDI aprobó el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de cuyos comentarios se encargó un nuevo Relator Especial, Igor Lukashuk. La CDI afirma que, además de que los actos inhumanos se cometan de forma sistemática o en gran escala, se exige “una actuación *instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo*”, excluyendo definitivamente la conexión con un conflicto armado.

³¹ Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2004, p.107

³² ALIJA FERNÁNDEZ, R., *La persecución como crimen contra la humanidad*, Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011, p.142

³³ MÁRQUEZ CARRASCO, C., “Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal”, en *Revista General de Derecho Penal* nº9, 2008, p.10

Finalmente, el 17 de julio de 1998, en el marco la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional" celebrada en la ciudad de Roma, se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma (en adelante ECPI). El texto entró en vigor el 1 de julio de 2002, y supone la culminación de todos los trabajos anteriores relacionados con la tipificación de los crímenes de Derecho Internacional, es decir, las distintas versiones del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Precisamente el artículo 7 del ECPI supone la consolidación de la figura del *crimen contra la humanidad* como figura independiente y la plasmación de los requisitos que deben darse para la consideración de un crimen contra la humanidad: actos dirigidos contra cualquier población civil, actos cometidos de forma generalizada o sistemática, y actos cometidos en el marco de un ataque del cual el autor del ilícito tenga conocimiento³⁴.

El grupo de figuras encuadrables dentro de los crímenes contra la humanidad es fruto de un proceso de expansión, que Casilda Rueda analiza del siguiente modo:

- Si bien figuras como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones políticas, raciales y religiosas han sido el punto de partida en la configuración del tipo, la tortura y la discriminación institucionalizada por razones raciales, étnicas o religiosas se incorporan como consecuencia de un interés más reciente por su erradicación.
- Los restantes ilícitos responden a una tipificación *ex novo* de dichas figuras. Nos referimos en concreto al encarcelamiento arbitrario, la violación sexual y las *desapariciones forzadas*. Esta última figura aparece criminalizada sólo en el ámbito del Proyecto de Código de 1996 (art.18.i) y del ECPI (art.7.i).
- Destaca por último la criminalización de ilícitos relacionados con la mujer, como la figura de los embarazos forzosos, así como también es relevante la regulación de la persecución de cualquier grupo por determinados factores³⁵.

Llegados a este punto, conviene hacer especial hincapié en la génesis y proceso de tipificación del crimen de *desaparición forzada* como crimen contra la humanidad, sin perjuicio de las referencias al mismo que anteriormente se hubieran hecho.

³⁴ RUEDA FERNÁNDEZ, C. *Delitos de derecho internacional...*, op cit., p.140

³⁵ RUEDA FERNÁNDEZ, C. *Delitos de derecho internacional...*, op cit., pp. 141-148

Tal y como reconoce Tullio Scovazzi, el fenómeno de las desapariciones forzadas se produjo ya en el Tercer Reich con el denominado “Decreto Noche y Niebla” de Hitler, de 7 de diciembre de 1941, en virtud del cual miles de prisioneros de guerra fueron deportados de forma oculta a diversos campos de concentración sin que quedara constancia alguna de los hechos. Fueron precisamente los Juicios de Núremberg los que en 1946 acabaron condenando al mariscal Wilhelm Keitel por la puesta en práctica de dicho Decreto³⁶. Sin embargo, no fue hasta 1994 cuando, debido a las políticas de desaparición de personas llevadas a cabo en Latinoamérica, la desaparición forzada de personas se calificó como crimen contra la humanidad en el Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 9 de junio de 1994; y poco después, en el ya mencionado Proyecto de Código de 1996 (art.18. i)³⁷.

Cabe resaltar que, previamente, la Asamblea General proclamó en 1992 la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, como conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados³⁸.

De hecho, la definición legal contenida en el art.7.2 i) del Estatuto de la CPI se basa en el Preámbulo de esa misma Declaración de 1992. Como señalará Carmen Márquez Carrasco:

“El Estatuto de Roma se convierte en el primer texto de Derecho Internacional convencional no regional que criminaliza la desaparición forzada de personas. De allí que nos encontremos ante un efecto cristalizador de normas consuetudinarias y que, sin desvirtuar la Resolución 47/133 de la Asamblea General, en el caso del crimen de desaparición forzada nos encontremos ante un *efecto generador de normas consuetudinarias*, dada la introducción del elemento de la *mens rea* que no recogía la resolución en cuestión”³⁹.

³⁶ SCOVAZZI, T., CITRONI, G., *The Struggle against enforced disappearance...*, op.cit., p.4

³⁷ Vid. Comentario al artículo 18.i) *párrafo 15*: “aunque este tipo de conducta criminal sea un fenómeno relativamente reciente, el presente Código propone su inclusión como crimen contra la humanidad, por su crueldad y gravedad extremas”. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Asamblea General documentos oficiales del quincuagésimo período de sesiones, A/51/10, Suplemento nº 10 (Capítulo II: Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad), p.109

³⁸ “Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del Derecho Internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”. Art.2 de la Resolución de la Asamblea General 47/133, de 18 de diciembre de 1992 (ONU Doc.A/Res/47/133)

³⁹ MÁRQUEZ CARRASCO, C., “Los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal”, en *Revista General de Derecho Penal* nº10, 2008, p.64.

Por otro lado, a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Asamblea General adoptó la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* en diciembre de 2006, la cual representa el último escalón en la cristalización de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad⁴⁰. A diferencia de la Declaración de 1992, la Convención Internacional es un Tratado internacional, por consiguiente tiene carácter vinculante, y además incluye un órgano de supervisión, el *Comité contra las Desapariciones Forzadas* (CED).

Paralelamente, en este sentido también existe el Consejo de Derechos Humanos (HRC), en tanto que órgano basado en la Carta de las Naciones Unidas, el cual dispone de los denominados “procedimientos especiales”, es decir, mecanismos para hacer frente, o bien a situaciones concretas en los países, o a cuestiones temáticas en todo el mundo. Por lo que aquí concierne destaca la labor del *Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias*, establecido por la Comisión de Derechos Humanos (sustituida en 2006 por el Consejo de Derechos Humanos) mediante la Resolución 20 (XXXVI) de 20 de febrero de 1980.

Una diferencia importante entre los dos órganos es que el mandato básico del Grupo de Trabajo es de carácter humanitario, para que actúe como canal de comunicación entre las familias de las víctimas y los gobiernos. Además, mientras que la competencia del Comité solo se extiende a las desapariciones forzadas perpetradas en un Estado parte en la Convención, el Grupo de Trabajo puede actuar sobre cualquier caso denunciado de desaparición que haya tenido lugar en cualquier país, independientemente de que el Estado haya ratificado los tratados internacionales de derechos humanos pertinentes⁴¹.

En suma, puede afirmarse que la desaparición forzada de personas es un “neologismo jurídico” en el Derecho Internacional penal, introducido como consecuencia de las prácticas llevadas a cabo en Latinoamérica, y de reciente plasmación en los textos jurídicos internacionales⁴².

⁴⁰ Art.5: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable” (A/RES/61/177, 20 de diciembre de 2006)

⁴¹ ONU, *Desapariciones Forzadas o involuntarias*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Folleto Informativo sobre los Derechos Humanos N° 6/Rev.3, 2009, p.24.

⁴² MÁRQUEZ CARRASCO, C., “Los elementos específicos de las conductas...” *op.cit.*, p.61.

Por la estrecha vinculación con el presente trabajo, debe prestarse especial atención a los *niños* como víctimas de desapariciones forzadas, por su intrínseca vulnerabilidad. En este sentido, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1988 dedicó todo un capítulo al estudio de dicho fenómeno⁴³.

Influenciada por dicho Informe, la Declaración de 1992 estableció lo siguiente:

“La *apropiación de niños* de padres víctimas de desaparición forzada o de *niños nacidos durante el cautiverio de una madre* víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales” (art.20.3).

También la Convención de 2006 lo recogió en su artículo 25, apartado nº1:

“Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente: *a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada*, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de *niños nacidos durante el cautiverio de su madre* sometida a una desaparición forzada; *b) La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso a) supra.*

Por último, los instrumentos de derechos humanos que contemplan derechos básicos de los menores deben complementarse con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, pues contiene garantías especiales que pueden menoscabarse en casos de desapariciones forzadas. En estos casos, el interés superior del menor prevalece ante todo⁴⁴.

Además de lo anterior, la Convención de 2006 permite que los Estados Partes establezcan “circunstancias agravantes especialmente en caso de deceso de la persona desaparecida, o para quienes sean culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, *menores*, personas con discapacidades u otras personas particularmente vulnerables” (art.7.2.b).

Y por ende, dicha Convención consagra como víctimas de la desaparición forzada a los propios familiares y allegados, reconociéndoles el derecho a conocer la verdad en relación a las circunstancias e identidad de los autores de la desaparición, así como el derecho a que, en caso de defunción de los desaparecidos, el Estado se responsabilice de recuperar y devolver a las familias los restos mortales⁴⁵.

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la OAS 1987-1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, Capítulo V.

⁴⁴ *Artículos 3.1, 9.1, 18.1, 21, 37 y 40.2* de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

⁴⁵ RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Á., *El Caso De Los Niños Perdidos Del Franquismo: crimen contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.21

3.2.Elementos del crimen

De manera general los crímenes contra la humanidad poseen unos elementos comunes que, tal y como indicábamos anteriormente, son: ataque generalizado y sistemático, ataque contra cualquier población civil, y que el autor actúe con conocimiento de dicho ataque⁴⁶.

Mientras que los dos primeros se configuran como el elemento material, el último constituye el elemento subjetivo del tipo (la *mens rea*).

Por el otro lado, existen los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad. De ese modo, en el caso de las desapariciones forzadas, el art.7.2.i del Estatuto de la CPI establece lo siguiente:

“Por *desaparición forzada* se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

En este sentido, resulta especialmente interesante el análisis que Gerhard Werle ofrece sobre los elementos del crimen.

Así, desde un punto de vista objetivo, el tipo diferencia dos alternativas de actuación: la *privación de libertad*, que debe llevarse a cabo por encargo o con el consentimiento de un Estado o una organización política, y la *negación de la información* posterior al secuestro o a la privación grave de libertad.

Y desde un punto de vista subjetivo rige el art.30 del Estatuto de la CPI. Así, mientras que en la primera alternativa de acción el dolo debe referirse también a la negación de la información solicitada, en la segunda alternativa de acción el dolo va referido también al hecho de que la víctima ha sido previamente secuestrada o privada de libertad. Además de ello, el autor debe actuar con la intención de privar a la persona de la protección de la ley durante un periodo prolongado de tiempo⁴⁷.

⁴⁶ “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, (art.7.1 del ECPI)

⁴⁷ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, València, 2005, pp.411-412

Igualmente remarcable es el análisis que Carmen Márquez Carrasco elabora sobre el *carácter pluriofensivo* de este crimen. Así, del tenor literal del artículo 7.2.i del Estatuto de la CPI se desprenden los diversos bienes jurídicos objeto de protección: el derecho a la libertad del ser humano y derechos conexos (como el de recurrir el motivo de detención, el de tener un juicio imparcial, o la tutela judicial efectiva), el derecho a un régimen humano de detención y a no ser sometido a torturas y tratos y penas inhumanos o degradantes, el derecho a la vida, y el derecho a la tutela judicial efectiva de los familiares de las víctimas⁴⁸.

3.3.El secuestro de menores como delito continuado

Nos centramos ahora en el *carácter continuado del crimen de desaparición forzada*, pues ha sido ampliamente aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Según Tullio Scovazzi, así lo reconoció por primera vez el Comité de Derechos Humanos en 1983, en el seno del debate del caso *Quinteros vs. Uruguay*⁴⁹, cuando señaló que la ofensa empezaba con la desaparición de la persona y continuaba hasta que su paradero fuese reestablecido, con lo que durante todo este tiempo, ningún tipo de limitación podía aplicarse⁵⁰.

Así pues, el reconocimiento del carácter continuo de la desaparición forzada proviene de la propia naturaleza del crimen, particularmente de la negativa del Estado a revelar la verdad de lo sucedido a la víctima. El crimen no es momentáneo ni cesa con la mera privación de libertad de la persona, sino que lo realmente duradero es la incertidumbre sobre su paradero, que tan sólo conoce el Estado o la autoridad estatal.

Por el otro lado, la propia Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas afirma que “todo acto de desaparición forzada será considerado *delito permanente* mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos” (art.17.1).

⁴⁸ MÁRQUEZ CARRASCO, C., : “Los elementos específicos de las conductas...” *op.cit.*, p.63

⁴⁹ ONU, CCPR/C/19/D/107/1981, de 21 julio de 1983

⁵⁰ “This means that, for as long as the fate and whereabouts of the disappeared person remain unknown, the offence is ongoing”. SCOVAZZI, T., CITRONI, G., *The Struggle against enforced disappearance...*, *op.cit.*, p.310.

Destaca en este sentido el Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración, del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias (en adelante GTDFI):

“La definición de *delito permanente* (párr. 1) tiene una importancia decisiva para determinar las responsabilidades de las autoridades del Estado. Además, este artículo impone unas condiciones muy restrictivas. Su finalidad es impedir que los autores de actos criminales se aprovechen de la prescripción. Puede interpretarse en el sentido de limitar las ventajas de la prescripción para los autores de estos actos criminales”⁵¹.

Finalmente, es también la misma Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas la que declara en su artículo 8 el carácter continuo del delito y su imprescriptibilidad⁵². A pesar de que luego en su art.35.1 afirma que “la competencia del Comité contra las Desapariciones Forzadas sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención”; ello no se opone al carácter permanente e imprescriptible del crimen, así como tampoco a la responsabilidad internacional del Estado por sus acciones y omisiones ilícitas⁵³.

En resumen, y a luz del *Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado* elaborado por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias, “las desapariciones forzadas de personas son el prototipo de actos continuos”, pues perduran hasta que no hayan cesado todos los elementos del crimen. Concretamente, el acto no finaliza “mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima” o persona desaparecida y, como consecuencia de ello, es posible condenar al autor “sobre la base de un instrumento jurídico promulgado después de que comenzara la desaparición forzada”, en tanto que la condena debe abarcar el delito en su conjunto⁵⁴.

⁵¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 2000 (Extracto). Documento E/CN.4/20001/68.

⁵² Art.8.1: “Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, *habida cuenta del carácter continuo de este delito*” (A/RES/61/177, 20 de diciembre de 2006).

⁵³ RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Á., *El Caso De Los Niños Perdidos Del Franquismo...*, ob cit., p.97.

⁵⁴ Vid. Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, 2010. Documento A/HRC/16/48.

4. LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD DEL CRIMEN: VIABILIDAD DE SU ENJUICIAMIENTO

Habiendo calificado en el plano internacional el secuestro de menores como crimen contra la humanidad, en tanto que desaparición forzada de personas, abordamos ahora en el presente apartado las viabilidades de su enjuiciamiento en el Derecho interno español.

De ese modo, por un lado se analiza la legislación vigente en España, así como las dificultades que pueden plantear determinadas normas jurídicas, y por el otro lado, repasamos los antecedentes que la jurisprudencia española ha ido consolidando con el tiempo en relación a esta cuestión. Finalmente, a partir de ahí se procederá a analizar las viabilidades de enjuiciamiento existentes en la actualidad.

4.1. Obstáculos: Ley de Amnistía 1977

El Estado español aprobó la Ley 46/1977 de 15 de octubre, en adelante la Ley de Amnistía, en el seno del periodo de *Transición democrática* (1975 – 1977) y con el consenso de todas las fuerzas políticas del momento, cuyo objetivo principal era amnistiar “todos los *actos de intencionalidad política*, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis”⁵⁵.

Tal y como expone Javier Chinchón, dicha Ley de Amnistía representó el máximo exponente de lo que se ha conocido como un “modelo de olvido del pasado absoluto”, es decir, “una apuesta por la confrontación con el pasado, con los crímenes del pasado, basada en la renuncia tanto a toda medida de índole sancionatoria / reparatoria como a toda forma de investigación y averiguación de la verdad”⁵⁶. En efecto, el contenido de la citada Ley es muy similar al de la mayoría de “leyes de impunidad” que fueron adoptadas en varios Estados de Latinoamérica durante los años 80 y 90⁵⁷.

⁵⁵ Artículo Primero de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977.

⁵⁶ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto des del Derecho internacional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº 67, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, p.32.

⁵⁷ Así por ejemplo: el Decreto Ley nº 2191 de 19 de abril de 1978 (Chile), la Ley 22924 de 23 de marzo de 1983 (Argentina), el Decreto nº 30-90 de 14/12/1990 (Honduras), la Ley General de Amnistía para la Consolidación de la Paz (El Salvador), la Ley 26479 de 14 de junio de 1995 (Perú), la Ley 15848

A pesar de su vigencia, la Ley española de Amnistía de 1977 entra directamente en conflicto con el Derecho Internacional de protección de los derechos humanos.

Por un lado, el artículo 2.3 (a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece lo siguiente:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Ya en varias ocasiones, el Comité de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la incompatibilidad entre la disposición reproducida y la vigencia de las leyes de amnistía:

*“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. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”*⁵⁸.

Por el otro lado, en el artículo 18 de la Declaración de 1992 se dispone que "los autores o presuntos autores de una desaparición forzada no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal". Destaca en este sentido la Observación General del GTDFI en relación al citado artículo:

“Se considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos: a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, como prevén los artículos 4, 13, 14 y 16 de la Declaración; (...) b) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes...”⁵⁹.

aprobada el 22 de diciembre de 1986 de “caducidad de la pretensión punitiva del Estado” (Uruguay), la Ley 23492 de 23 de diciembre de 1986 de “punto final” y la Ley 23521 de 5 de junio de 1987 de “obediencia debida” (Argentina).

⁵⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observación General n°20 sobre el artículo 7”, 44° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos (1992), en Documentos Oficiales de la Asamblea General, 47° período de sesiones, Suplemento n°40 (A/47/40), anexo VI.A, 10 de marzo de 1992, párrafo 15.

⁵⁹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: Observación General del artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, párrafo 2.

Sin embargo, la opinión del Tribunal Supremo español (en adelante TS) difiere sustancialmente de todo lo anterior:

“El PICDP ha sido incorporado al ordenamiento jurídico español (artículo 96 de la Constitución) con posterioridad a los hechos a que se refiere la ley de amnistía y que son objeto del proceso incoado por el querellado, aunque el Pacto sea previo a la ley de amnistía. (...) En consecuencia, cualquiera que sea la opinión política que se mantenga sobre aquella decisión legislativa, *mal puede proclamarse la nulidad jurídica de dicha Ley de amnistía en el momento de ser dictada*”⁶⁰.

Destaca en este mismo sentido, la doble justificación que el TS realiza en su Sentencia de 27 de febrero de 2012 en el marco del “caso Garzón”, al que más adelante nos referiremos.

Así, desde el punto de vista jurídico, el argumento principal que el Tribunal utiliza es que, aunque en la actualidad una Ley de Amnistía sea internacionalmente ilícita, en el momento de su adopción no lo era.

“Una ley de amnistía, que excluya la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho. Ahora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas *con posterioridad* a la entrada en vigor del Pacto y el Convenio, y así lo ha interpretado el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones”⁶¹.

Es decir, el TS alega en este punto el principio de legalidad penal, a la vez que invoca también el principio de irretroactividad de los Tratados internacionales, sin tener en cuenta así su incompatibilidad con el carácter continuado de determinados crímenes, como el de desaparición forzada de personas.

En este sentido el Comité de Derechos Humanos ya declaró en 1988 que “con respecto a las *violaciones ocurridas o que continuaron después de la entrada en vigor del Pacto*, (el Estado parte) tiene la obligación de investigar a fondo las presuntas violaciones y de proporcionar los recursos correspondientes a las víctimas o a sus familiares”⁶².

⁶⁰ Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, Causa Especial nº20048/2009, p.42

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero, Razonamiento Jurídico Tercero, doc. p.18

⁶² Comité de Derechos Humanos, Decisión 275/1988, párrafo 5.4

Y en lo que a las Leyes de Amnistía concierne, también el Comité de Derechos Humanos admitió la vulneración que suponían del art.2.3 (derecho de las víctimas a interponer un recurso efectivo), y 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a obtener una reparación)⁶³.

A pesar de lo expuesto, el peso de la argumentación del Tribunal Supremo recae en el punto de vista político, donde apela directamente al espíritu reconciliador con el que la Ley de Amnistía fue aprobada en su momento (1977):

“(La Ley de Amnistía) fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada *transición española* exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. (...) También supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento”⁶⁴.

Resulta evidente que, en una argumentación como la reproducida, el Derecho Internacional no tiene cabida:

“Equivaldría a sostener que toda medida legislativa aprobada con un apoyo más o menos amplio, por unos motivos u otros, y por un Parlamento democrático, siempre y automáticamente sería internacionalmente *lícita*, aunque su contenido incurriera en contradicción flagrante con las obligaciones internacionales del Estado”⁶⁵.

4.2. Viabilidad de su enjuiciamiento

4.2.1. Antecedentes

Tal y como hemos señalado, la Ley de Amnistía se ha utilizado en reiteradas ocasiones para amparar la total impunidad de los crímenes cometidos durante el Franquismo, dado su carácter democrático y su vigencia en la actualidad.

⁶³ “El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo del gobierno autoritario de un recurso efectivo, *en violación* de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto”. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, par. 10

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero, Razonamiento Jurídico Tercero, doc. pp.20-21

⁶⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y VICENTE MÁRQUEZ, L., “La investigación de los crímenes cometidos en la guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de Febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho Internacional”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº10, junio 2010, p.15

Probablemente el ejemplo más conocido y controvertido sea el caso del Magistrado-Juez Baltasar Garzón, quien a raíz de diversas denuncias presentadas por asociaciones y particulares a finales de 2006, el 16 de octubre de 2008 se declaró competente para investigar las desapariciones y detenciones ilegales durante la Guerra Civil y el franquismo acaecidas entre 1936 y 1952, considerándolas crímenes contra la humanidad, e incluyendo también el caso de los “niños perdidos”⁶⁶.

Sin embargo, el 28 de noviembre del mismo año el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional decretó que el juez carecía de competencia para investigar las desapariciones. Finalmente, el sindicato “Manos Limpias”, la asociación “Libertad e Identidad” y el partido político de la Falange española de las JONS presentaron en 2009 sus respectivas querellas contra el Magistrado por prevaricación judicial; y el Tribunal Supremo falló a favor de su absolución en 2010.

Sin lugar a dudas, Baltasar Garzón fue quien consiguió llegar más lejos por la vía judicial, pero lo cierto es que con anterioridad al 2006 varias víctimas acudieron ya a los juzgados territoriales de primera instancia para que tomaran las medidas oportunas en relación a la existencia de las fosas comunes. Sin embargo, en todos estos casos los tribunales decretaron el sobreseimiento y archivo de las causas por considerar bien que los hechos alegados no eran constitutivos de infracción penal⁶⁷, bien que habían prescrito⁶⁸; e incluso en algunos casos, se instaba directamente a la reconciliación, a fin de evitar “reavivar las viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil”⁶⁹.

Con posterioridad al 2006, y paralelamente al “caso Garzón”, se abrieron nuevas investigaciones en España y volvieron a presentarse otras demandas judiciales, debido principalmente a la aprobación de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre. Nos referimos a la Ley de Memoria Histórica, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, y determina con claridad que los derechos y previsiones contenidas en la ley son plenamente compatibles con el ejercicio de las acciones a que

⁶⁶ Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional. En una primera aproximación, se cifraría el número de víctimas de desaparición forzada en este periodo en 114.266 personas (Razonamiento Jurídico Sexto).

⁶⁷ Juzgado de Instrucción nº 1 de Arenas de San Pedro: Auto de 15 de diciembre de 1999, Diligencias Previas Proc. Abreviado 1557/1999

⁶⁸ Juzgado de Instrucción nº 2 de Aranda de Duero: Auto de 26 de septiembre de 2002, Diligencias Previas Proc. Abreviado 816/2002, Razonamiento Jurídico Único

⁶⁹ Juzgado de Instrucción nº 1 de Daroca (Zaragoza): Auto de 14 de octubre de 2005, Diligencias Previas Proc. Abreviado 342/2005, Razonamiento Jurídico Único.

hubiere lugar ante los tribunales de justicia, conforme a las normas internas y los convenios internacionales suscritos por España⁷⁰.

Nuevamente, en la práctica totalidad de los casos se optó por su archivo, aunque la argumentación distó mínimamente de la ofrecida en autos anteriores. Así, se esgrimió que los hechos no constituían crímenes de Derecho internacional⁷¹, o que en el momento de su perpetración el Derecho interno no los calificaba como crímenes contra la humanidad, genocidio o desaparición forzada de personas⁷². Sin embargo, la vigencia de la Ley de Amnistía volvió a defenderse como justificación⁷³ y se propuso el mecanismo previsto en la Ley de Memoria Histórica como único cauce posible para atender las demandas de las víctimas, excluyendo así la vía penal⁷⁴.

Finalmente, fue el Tribunal Supremo quien en una sentencia histórica cerró definitivamente la vía penal como cauce para investigar y reparar las víctimas de los crímenes del franquismo. Se trata en concreto de la Sentencia 101/2012 de 27 de febrero y el posterior Auto del TS de 28 de marzo del mismo año, los cuales desestimaron todos y cada uno de los argumentos alegados por el Juez Garzón, si bien lo absolvieron del delito de prevaricación del que fue acusado, tal y como apuntábamos antes.

Paralelamente a los múltiples intentos de enjuiciamiento de los crímenes del Franquismo en España, el 14 de abril de 2010 se presentó en Argentina una querrela por “los delitos de genocidio y/o de lesa humanidad que tuvieron lugar en España en el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, en ejercicio del principio de jurisdicción universal”, la cual fue conocida por la Jueza Federal María Servini⁷⁵.

⁷⁰ BOE nº310 de 27 de diciembre de 2007, artículo 4.1 y Disposición Adicional Segunda

⁷¹ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Aguilar de La Frontera: Auto de 12 de febrero de 2010, Diligencias Previas 712/2009, Razonamiento Jurídico Único

⁷² Audiencia Provincial, Sección Tercera, de Guipúzcoa: Auto de 30 de noviembre de 2010, Diligencias Previas 1918/2009, Razonamiento Jurídico Cuarto

⁷³ Audiencia Provincial, Sección Primera, de Burgos: Auto de 18 de julio de 2010, Diligencias Previas Proc. Abreviado 304/2009, p.3.

⁷⁴ Audiencia Provincial, Sección Primera, de Soria: Auto de 6 de octubre de 2009, Diligencias Previas 263/09, pp. 2-3

⁷⁵ “Querrela criminal por la comisión de los delitos de genocidio y/o lesa humanidad que tuvieron lugar en España en el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977”, 14 de abril de 2010, pp. 1-2

4.2.2. Viabilidad de su enjuiciamiento en la actualidad

En este punto, creemos conveniente retomar los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en 2012 para defender su postura, si bien sólo en relación a la figura de la desaparición forzada de personas, por su estrecha vinculación con el presente trabajo. La principal argumentación del Alto Tribunal fue la siguiente:

“(…) desde las denuncias, y quizás también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció... *Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal*”⁷⁶.

Javier Chinchón analiza con detalle la visión del Tribunal Supremo, y matiza algunos conceptos que creemos interesantes destacar aquí, en aras a defender la viabilidad de enjuiciamiento del secuestro de menores durante el franquismo en la actualidad⁷⁷.

En primer lugar, el TS reconoce el *derecho a saber*, aunque sin referirse a su intrínseca conexión con el derecho a acceder a la justicia y a un recurso efectivo, tal y como el derecho y la jurisprudencia internacionales admiten⁷⁸. Un derecho a la verdad que la Constitución española de 1978 no recoge explícitamente, pero que podría tener cabida en su artículo 24, es decir, “el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”, tal y como Javier Chinchón propone⁷⁹; Derecho que sí que se encuentra ampliamente reconocido por el Derecho Internacional, como es en el ya descrito art.2 del PIDCP.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero, Razonamiento Jurídico Primero, doc. p.9

⁷⁷ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil...*, ob.cit., pp.106-112

⁷⁸ “[I]a existencia del derecho a la verdad en el derecho internacional está aceptada por la práctica de los Estados que incluye tanto la jurisprudencia como el establecimiento de diversos mecanismos que buscan la verdad (...). Esos mecanismos incluyen la instrucción de causas penales (...) la reconciliación entre el Estado y las víctimas de desapariciones forzadas no puede tener lugar sin el esclarecimiento de todos los casos individuales”. Preámbulo del Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, aprobado por el GTDFI en 2010.

⁷⁹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y VICENTE MÁRQUEZ, L., *La investigación de los crímenes cometidos en la guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación...* ob.cit., pp.7-8.

En segundo lugar, el TS se refiere al “delito de detención ilegal sin dar razón del paradero” en vez de la “desaparición forzada de personas” y admite que el mismo no se recogió en el Derecho interno hasta el Código penal español de 1944⁸⁰. En este sentido, tal y como señalábamos en el capítulo anterior, el GDTF ya afirmaba que “*toda desaparición forzada comienza por la privación de libertad de la víctima (...) [ya que] el delito en cuestión comienza con el arresto, detención o traslado contra su voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal*”⁸¹. Vemos pues como no se trata simplemente de una detención ilegal, con lo que aplicar tal analogía no es lo suficientemente preciso.

En tercer lugar, sobre el *carácter continuado del delito* al que nos hemos ya detenido con anterioridad⁸², el TS sostiene que “no es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del *plazo de prescripción de 20 años*”. Se observa como el TS alude a la prescriptibilidad del crimen de desaparición forzada para desestimar su aplicabilidad en el caso. Lo cierto es que existe abundante jurisprudencia del TEDH acerca de esta cuestión, donde por ejemplo se declara que “la ausencia de investigación debida en casos de desaparición forzada se considera una *violación continuada*, incluso cuando la muerte pudiera eventualmente presumirse”⁸³.

Ya afirmamos en su momento, que la permanencia en el tiempo de la desaparición forzada es inherente a la propia naturaleza del crimen, precisamente para garantizar que los responsables comparezcan ante la justicia. Así lo estipula el GDTF en su Comentario General al artículo 17 de la Declaración 2000: “Su finalidad es impedir que los autores de actos criminales se aprovechen de la prescripción. Puede interpretarse en el sentido de limitar las ventajas de la prescripción para los autores de estos actos criminales”. El carácter permanente del delito queda recogido en el artículo 8 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, de la que España es parte; y que además establece en su

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero, Razonamiento Jurídico Tercero, doc. p.15

⁸¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, p.7.

⁸² *Vid.*, Capítulo 3.3: “El secuestro de menores como delito continuado”, pp.20-21.

⁸³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Varnava and others v. Turkey (GC)*, *Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párrs. 147 y 148.

artículo 5 que “la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”, entre otras, su imprescriptibilidad. De hecho, el mismo Javier Chinchón reafirma que “desde el sistema universal de protección de los derechos humanos, pasando por todos y cada uno de los sistemas regionales, ya nadie duda que las desapariciones forzadas de personas son el arquetipo de los hechos o violaciones que *continúan después* de su inicial comisión”⁸⁴.

Finalmente, tal y como adelantábamos en un principio, el TS rechaza la tesis sostenida por Garzón sobre la no aplicabilidad de la *Ley de Amnistía española* para exonerar de responsabilidad a los perpetradores e instigadores de tales crímenes, mediante el desarrollo de la doble justificación analizada anteriormente⁸⁵.

A pesar de todo lo anteriormente expuesto, debe subrayarse que en la actualidad en España existen casos judiciales abiertos concernientes a los “niños o bebés robados” en clínicas y centros sanitarios⁸⁶, aunque no así en centros penitenciarios.

En este sentido, en relación a los menores que ingresaban en prisión junto con sus madres, así como los que nacían durante su presidio, y que posteriormente eran reeducados y “purificados” en centros asistenciales y colegios, o bien adoptados por familias falangistas, no existe en el momento ningún proceso judicial en curso. Siguiendo la línea argumental del TS y de otros órganos jurisdiccionales, podría invocarse en estos casos el art.2.f) de la Ley de Amnistía, según el cual “(...) están comprendidos en la amnistía los delitos cometidos por los *funcionarios y agentes del orden público* contra el ejercicio de los derechos de las personas”, en tanto que los funcionarios de prisión eran funcionarios públicos.

Sin embargo, a la luz del Derecho internacional, estos crímenes también deberían poder ser enjuiciables en España por tratarse de desaparición forzada infantil, tal y como definimos en su momento, cuyo carácter continuado determina la imprescriptibilidad de los mismos mientras no se determine el paradero de la víctima.

⁸⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil...*, *ob.cit.*, p.117

⁸⁵ Ver páginas 3-4 del Capítulo presente.

⁸⁶ Probablemente, el caso más polémico haya sido el de la monja Sor *María Gómez Vallbuena*, asistente social en la clínica Santa Cristina y colaboradora en la de San Ramón, quien fue imputada por el robo de tres niños y su posterior ofrecimiento en adopción, pero que falleció en recientemente sin haber podido ser juzgada.

5. CONCLUSIONES

Después de analizar los argumentos que en línea general el Tribunal Supremo español, así como muchas otras instancias jurisdiccionales de rango inferior, ha esgrimido a lo largo de los últimos años en el marco de procesos destinados a enjuiciar el secuestro de menores en el franquismo, y tras haber sido calificada esta práctica como crimen contra la humanidad por el Derecho internacional, en tanto que modalidad de desaparición forzada de personas, podemos llegados en este punto del trabajo trazar algunas conclusiones.

En primer lugar, el denominado caso de los “niños robados” fue una práctica estatal perfectamente institucionalizada en la España franquista y post-franquista, cuyos autores han gozado de total impunidad hasta el momento. De hecho, es la propia legislación interna española la que de por sí dificulta en gran medida el procesamiento de los responsables de tales crímenes (véase la Ley de Amnistía como principal ejemplo), aunque ello no impida que puedan ser enjuiciados por instancias judiciales internacionales, teniendo en cuenta su calificación como crímenes de Derecho internacional.

En segundo lugar, el poder judicial español se ha mostrado des de los inicios de los años 80 y se muestra aún en la actualidad reacio a cualquier tipo de condena de los crímenes cometidos durante el franquismo, habiendo sentado unos antecedentes jurisprudenciales muy restrictivos que no sólo dejan poco margen a nuevas interpretaciones, sino que además no observan ni el Derecho internacional aplicable ni las decisiones de los órganos de protección de los derechos humanos. Argumentos como la prescriptibilidad de los delitos, o la irretroactividad de las normas han sido alegados constantemente para obstaculizar el enjuiciamiento de este tipo de crímenes, obviando de manera flagrante su carácter continuado, ampliamente reconocido por la doctrina y recogido en distintos textos internacionales.

En suma, finalmente, podría afirmarse que el caso español es un caso *sui generis* de “justicia transicional”, pues los intentos de enjuiciamiento de los crímenes del franquismo en general, y del secuestro de menores en particular, han sido promovidos por las mismas víctimas o por sus familiares, sin que el Estado haya adoptado jamás una postura proactiva en defensa de sus derechos, priorizando siempre por encima de todo el “espíritu reconciliador” de la Transición española.

6. BIBLIOGRAFÍA

Obras generales y monografías

ALIJA FERNÁNDEZ, R., *La persecución como crimen contra la humanidad*, Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2004.

CAPELLÀ ROIG, M., *La Tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Universitat de les Illes Balears, Tirant lo Blanch, València, 2005.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto des del Derecho internacional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº 67, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.

PAGÈS, P., *Franquisme i repressió: la repressió franquista als Països Catalans, 1939-1975*, Universitat de València, 2004.

RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Á., *El Caso De Los Niños Perdidos Del Franquismo: crimen contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional*, Barcelona, Bosch, 2001.

SCOVAZZI, T., CITRONI, G., *The Struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007.

VALLEJO NÁGERA, A., *La locura en la guerra. Psicopatología de la guerra española*, Librería Santarén, Valladolid, 1939.

VALLEJO NÁGERA, A., *Niños y jóvenes anormales (S.E.)*, Capítulo titulado “Medio ambiente político”, Madrid, 1941.

VINYES R., *Irredentas: las presas políticas y sus hijos en las cárceles de Franco*, Temas de Hoy, Madrid, 2002.

VINYES, R., ARMENGOU, M., y BELIS, R., "Els Nens perduts del franquisme". 1a ed, Proa, Barcelona, 2002.

WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, València, 2005.

Revistas

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y VICENTE MÁRQUEZ, L., "La investigación de los crímenes cometidos en la guerra Civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de Febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho Internacional", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº10, junio 2010.

MÁRQUEZ CARRASCO, C., "Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal", en *Revista General de Derecho Penal* nº9, 2008.

MÁRQUEZ CARRASCO, C., "Los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal", en *Revista General de Derecho Penal* nº10, 2008.

NAVARRO, V., "The case of Spain. A forgotten genocide", en *Out of Bounds Magazines*, 16 de diciembre de 2008.

7. DOCUMENTACIÓN

Organización de las Naciones Unidas

ONU, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*. 7ª ed., Nueva York, 2009.

ONU, *Desapariciones Forzadas o involuntarias*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Folleto Informativo sobre los Derechos Humanos N° 6/Rev.3, 2009.

1. Asamblea General

Resolución de la Asamblea General 897 (IX), de 4 de diciembre de 1954, por la que suspende el examen del Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad presentado por la CDI.

2. Comisión de Derecho Internacional

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Asamblea General documentos oficiales del quincuagésimo período de sesiones, A/51/10, Suplemento n° 10 (Capítulo II: Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad).

3. Comité de Derechos Humanos

Dictamen del Comité de Derechos Humanos, de 21 julio de 1983, CCPR/C/19/D/107/1981, en el seno del debate del caso *Quinteros vs Uruguay*, sobre el carácter continuado del crimen de desaparición forzada.

Observación General n°20 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 7, 44º período de sesiones del Comité de Derechos Humanos (1992), en Documentos Oficiales de la Asamblea General, 47º período de sesiones, Suplemento n°40 (A/47/40), anexo VI.A, 10 de marzo de 1992.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, en Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995.

4. Consejo de Derechos Humanos

Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas, Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010.

a) Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias

Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 2000, Documento E/CN.4/20001/68, en relación al *Comentario General sobre el artículo 17* de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, 2010. Documento A/HRC/16/48, en relación al *Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado*.

Observación General del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, relativa al artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas en 2010.

Consejo de Europa

Condena de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) a la dictadura franquista, de 17 de marzo de 2006, Recomendación 1736, conforme al Informe del Comité de Asuntos Políticos de la PACE, de 4 de noviembre de 2005, Doc. 10737, traducción de IU Federal.

Organización de los Estados Americanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la OAS 1987-1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, Capítulo V.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Resolución de la Asamblea General 47/133, de 18 de diciembre de 1992 (ONU Doc.A/Res/47/133).

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (A/RES/61/177, 20 de diciembre de 2006).

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y del comunismo, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 62, de 2 de marzo de 1940.

Orden del Ministerio de Justicia de 30 de marzo de 1940 sobre la permanencia en las prisiones de los hijos de las reclusas, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 97, de 6 de abril de 1940.

Decreto del Ministerio de Gobernación de 23 de noviembre de 1940 sobre protección a huérfanos de la revolución y de la guerra, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 336, de 1 de diciembre de 1940.

Ley de 4 de diciembre de 1941 sobre inscripción de niños repatriados y abandonados, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 350, de 16 de diciembre de 1941.

Ley 46/1977 de Amnistía, de 15 de octubre, B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977.

Ley 52/2007 de Memoria Histórica, de 26 de diciembre, B.O.E. Número 310, de 27 de diciembre de 2007.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

a) Tribunal Supremo

Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, Causa Especial nº20048/2009.

Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero.

b) Audiencia Nacional

Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional.

c) Audiencias Provinciales

Audiencia Provincial, Sección Primera, de Burgos: Auto de 18 de julio de 2010, Diligencias Previas Proc. Abreviado 304/2009.

Audiencia Provincial, Sección Tercera, de Guipúzcoa: Auto de 30 de noviembre de 2010, Diligencias Previas 1918/2009.

Audiencia Provincial, Sección Primera, de Soria: Auto de 6 de octubre de 2009, Diligencias Previas 263/09.

d) Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

Juzgado de Instrucción nº 1 de Arenas de San Pedro: Auto de 15 de diciembre de 1999, Diligencias Previas Proc. Abreviado 1557/1999.

Juzgado de Instrucción nº 2 de Aranda de Duero: Auto de 26 de septiembre de 2002, Diligencias Previas Proc. Abreviado 816/2002.

Juzgado de Instrucción nº 1 de Daroca (Zaragoza): Auto de 14 de octubre de 2005, Diligencias Previas Proc. Abreviado 342/2005.

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Aguilar de La Frontera: Auto de 12 de febrero de 2010, Diligencias Previas 712/2009.