

Una oportunidad perdida

Hace algunos meses, tras la petición recibida de un familiar para realizar una exhumación en un territorio en el que se suponían estaban los restos de un pariente fallecido en uno de nuestros Juzgados, valoramos la necesidad de efectuar un protocolo judicial que tratara de regularizar y ordenar las actuaciones necesarias en relación con las fosas comunes.

La situación de los familiares de las víctimas rozaba y roza en muchos casos la desprotección jurídica más absoluta: sin saber que hacer exactamente, a donde dirigirse, encontrando silencios o respuestas contradictorias por parte de los poderes públicos (juzgados, administraciones locales o autonómicas, registros...etc.). En aquel momento, nos pusimos en contacto con varias de las asociaciones que se llevan dedicando a tales tareas con un grandísimo esfuerzo colectivo de todo orden, en gran parte motivado por esa ausencia de apoyo que comentábamos. Asimismo hablamos con abogados de aquellas asociaciones, que nos contaron exactamente las vías judiciales que habían iniciado, con desigual resultado, así como sus propuestas al respecto, fruto de su estudio y colaboración con personas que, desde distintos campos profesionales, habían sido tremendamente sensibles con esta situación, procediendo a elaborar informes, y distintas colaboraciones.

Comentamos entonces a la vista de todos los materiales que generosamente nos remitieron, que resultaba imprescindible que también nosotras, como juezas de pueblo, aportásemos nuestra visión jurídica, para elaborar una modesta guía de actuaciones judiciales que deberían realizarse al respecto, defendiendo la idea de que solo dentro de las actuaciones judiciales cabía un verdadero respeto por el derecho a la reparación de las víctimas y sus familiares, partiendo además de la responsabilidad del estado en el descubrimiento de la verdad y la defensa de la dignidad y la memoria histórica.

Pues bien, teniendo en mente ese proyecto, y esperando a que los meses de verano nos permitiesen un hueco para comenzar a trabajar tras el estudio de todos los materiales, nos hemos encontrado con el Proyecto de Ley publicado en el mes de julio, por el que *“se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución y violencia durante la guerra civil y la dictadura”*. Lo cierto es que nuestra impresión común al respecto no ha podido ser más desoladora. Por un lado, porque nos imposibilita la elaboración del Protocolo, y por otro, porque ello es consecuencia de su pobreza, al vedar la intervención de los Juzgados, al restringir excepcionalmente, hasta el punto de desvirtuar su contenido y potencialidad, *el derecho a la reparación*, y suponer una gestión neoliberal en la tarea pendiente de la localización y exhumación de las fosas, para la identificación de los cadáveres, imposibilitando con todo ello el descubrimiento real de los hechos y el respeto a su memoria.

No es nuestra intención realizar ahora una crítica exhaustiva de la ley, dado que entendemos que existen personas y asociaciones que con rigor implacable han venido trabajando en este tema. Contamos igualmente, como el resto de la

sociedad civil que quiera acceder a ello, con innumerables materiales valiosos y acreditados al respecto, como todos los Convenios Internacionales que de una u otra manera inciden en el tema, (muy especialmente se puede consultar la resolución 2005/35, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, de 19 de abril del 2005, sobre *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, a interponer recursos y obtener reparaciones*, así como las recomendaciones de la misma Comisión de Derechos Humanos de la ONU, especializada en el *Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas*), el proyectado *Convenio sobre las Desapariciones Forzadas*, el *Informe de Amnistía Internacional* de 18 de julio del 2005 (“Poner fin al silencio y a la injusticia”), o el Informe del *Defensor del Pueblo* al Congreso sobre las actividades del 2003, en el que en su apartado 19.5 incluía sus conclusiones acerca de las exhumaciones de fosas comunes.

Es por ello que en este momento nuestro propósito, mucho más modesto, es señalar solo los aspectos más criticables del Proyecto de Ley, desde una perspectiva estrictamente jurídica. Cabría destacar así que en cuanto a lo que aquel denomina en su Artículo 3 *Declaración de Reparación y Reconocimiento personal*, desarrollando la misma en los posteriores artículos, es solo una forma de obtención de una declaración que en ningún caso puede satisfacer, como decíamos, el verdadero contenido del Derecho a la Reparación, integrado por obligaciones a cargo del Estado como la del acceso a la Justicia, la reparación integral de los daños sufridos, la rehabilitación, la satisfacción- donde se incluiría en todo caso la verificación de los hechos sucedidos, la búsqueda de víctimas desaparecidas, exhumación e identificación- y las garantías de no repetición de hechos similares.

Muy al contrario, se establece únicamente un procedimiento, no judicial, por el que solicitar dicha declaración, sometido además a determinados requisitos formales con ciertas restricciones temporales (solo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley) y de legitimación activa (las personas afectadas, y en su defecto, cónyuge, pareja de hecho, descendientes y colaterales hasta el segundo grado), con posibilidades de inadmisión. Todo ello, partiendo además del hecho de que es una *Comisión Interministerial la encargada de recibir estas solicitudes, y un Consejo el encargado de resolverlas*. Este aspecto es sumamente criticable, toda vez que el mismo, cuya composición de 5 miembros (personalidades de reconocido prestigio elegidas por mayoría de tres quintos del Congreso de los Diputados) implicará una serie de gastos para su financiación que bien podrían haberse empelado en las tareas de exhumación, muy costosas, o en dotar de los suficientes recursos a los Juzgados, para realizar estas tareas, que, como expondremos, deberían ser los verdaderos coordinadores de este tipo de tareas por su garantía de independencia e imparcialidad, así como de protección efectiva de los derechos implicados. Además de ello, no se prevén recursos contra las decisiones que decidan que no ha lugar a la *declaración de reparación*.

Por último, cabe decir que tampoco se entiende la finalidad o utilidad real de tal declaración, dado que después de lo que es evidente que constituirá un proceso largo, costoso y con evidentes dificultades para los interesados, si

finalmente se consigue la declaración, se especifica que no constituirá título para el reconocimiento de ninguna responsabilidad para el estado, ni tampoco reparación o indemnización, y además omitirá toda referencia a la identidad de las personas que han intervenido en los hechos.

La perspectiva adoptada en todo caso y por lo expuesto hasta este momento, es en todo caso, absolutamente individual, haciendo recaer todos los costes del procedimiento en los afectados, cuando entendemos que por la gravedad de los hechos y sobretodo, por los derechos implicados y las obligaciones generadas, a cargo del estado, deberían configurar siempre un enfoque público y colectivo, destinado a otorgar las mayores facilidades, paliando lo que hasta ahora ha sido una situación de desprotección para los familiares de la víctimas.

En cuanto a los Art. 13 a 16, que en concreto son los que regulan *las tareas de localización e identificación de los desaparecidos*, resultan, quizás, los más criticables de todo el Proyecto. El procedimiento que se establece a tal fin, para lo que la misma Exposición denomina “atender la necesidad de una legítima demanda de muchos ciudadanos”, se caracteriza por atribuir todas las competencias al respecto a las Administraciones Públicas, excluyendo cualquier tipo de actuación e intervención judicial.

Además, las competencias de tales administraciones al respecto pueden resumirse en una declaración genérica de facilitación a los solicitantes de las actividades de indagación, localización e identificación de los desaparecidos, pero solo se concreta en los aspectos siguientes: la posibilidad, que no obligación, de sufragar gastos derivados de tales actividades; en la elaboración de mapas, a nivel territorial y estatal, donde se localicen los restos de personas desaparecidas; y en la autorización de las tareas de prospección en los terrenos de titularidad pública de acuerdo con la ley de Expropiación Forzosa, salvo causa justificada de interés público. En el caso de que los terrenos sean de titularidad privada, serán los interesados los que deberán recabar el consentimiento de los titulares, de forma que las administraciones solo intervendrán si estos propietarios se niegan para poder autorizar la ocupación temporal, pero siempre tras la audiencia y previa consideración de las alegaciones de aquellos, y fijando en todo caso la indemnización correspondiente a cargo de los ocupantes.

Este último aspecto es sumamente criticable. Como antes decíamos, es incomprensible de todo punto que se prevea sufragar los gastos que genera la creación de una Comisión Interministerial y un Consejo, para las declaraciones individuales de reparación, y se haga sin embargo recaer los numerosos costes económicos que implican las exhumaciones en los propios familiares y asociaciones existentes. Máxime cuando no cabe olvidar que es una obligación estatal la de recuperar la memoria histórica y dignificar a las víctimas desaparecidas, atribuida por el derecho interno e internacional.

Además de lo anterior, entendemos que en todo caso, estas tareas deberían ser atribuidas a los Juzgados, y realizadas con las máximas garantías en el seno de procedimientos judiciales. Así lo establecen todos y cada uno de los Convenios que anteriormente hemos mencionado, porque forma parte del

derecho a la Rehabilitación y Satisfacción de las víctimas y sus familiares. Las recomendaciones del Informe de Amnistía Internacional, tras el estudio exhaustivo de aquellos, en relación con las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales, parten también de esta premisa, es decir, asegurar que la administración de justicia adopte las medidas necesarias para la exhumación, identificación de restos y la devolución a los familiares. También se incluye la posibilidad de establecer una Fiscalía especializada en tales tareas y elaborar un protocolo coordinado de actuación, como el que, de hecho, ya existe (“Protocolo de Minnesota”, de acuerdo con la *Resolución 1989/65* de 24 de mayo de la ONU que recomienda a los Estados las actuaciones a seguir para las investigaciones de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias).

Dentro de los procedimientos judiciales y siendo conscientes de que pueden ser discutidas otras vías a las que no podemos hacer referencia por cuestión de espacio, y limitándonos al supuesto del conocimiento de la existencia de restos humanos cuyo fallecimiento se produjo durante la guerra civil o la dictadura, vamos a centrarnos en el procedimiento penal argumentando la incoación de Diligencias Previas y las diligencias que a nuestro juicio deberían practicarse como primeras diligencias de investigación.

El procedimiento comienza con la puesta en conocimiento al juzgado, bien por particulares, familiares, Asociaciones, Ministerio Fiscal, del fallecimiento de una o varias personas por hechos violentos ocurridos durante la guerra civil o la dictadura, las cuales se encuentran enterradas, en un lugar conocido con mayor o menor precisión, por lo que se interesa se acuerden las medidas para la exhumación y recuperación de los restos. Ante esta noticia, defendemos la incoación por parte de los juzgados de Diligencias Previas, por el origen supuestamente delictivo de los hechos denunciados, por lo que una vez examinada la competencia; lugar de comisión del hecho o en su defecto, lugar donde se hubieran descubierto pruebas materiales de su comisión, (artículos 14 y 15 LECRim), se dictaría auto de incoación de Diligencias Previas. En el mismo auto, deberán acordarse la práctica de las diligencias de investigación oportunas.

Antes de entrar a examinar cuales serían estas diligencias, los agentes que han de intervenir y cual ha de ser a nuestro juicio el control del juez, procede exponer los argumentos que justifican las diligencias de investigación. El marco normativo sería por un lado el artículo 13 de la LECrim que establece como primeras diligencias las que van encaminadas a *consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a proteger a los ofendidos o perjudicados* por el delito, a sus familiares u otras personas. Y de otro y concretamente en relación con la identificación de los restos hallados, el *Art. 340 de la LECr, que establece los pasos a seguir para la identificación de un cadáver cuando se ha abierto el sumario por muerte violenta o sospechosa de criminalidad.*

Las diligencias a practicar tendrían como **finalidad** por un lado la **protección de los perjudicados**, protección que comprende la recuperación e identificación de los restos de sus familiares como medio para la recuperación

de su dignidad y de su memoria. De otro, la recuperación de los vestigios como medio para la **averiguación de lo sucedido** y la reconstrucción de nuestra memoria histórica, lo que constituye un interés colectivo que incumbe a todos los ciudadanos, al formar parte de nuestra historia y como parte del **derecho a la verdad**.

Las diligencias encaminadas a la localización de las fosas y lugar de enterramiento, a la exhumación y a la recuperación de los restos, permiten por un lado la adecuada protección de los perjudicados, protección que no es completa si no se pone a su disposición todos los recursos efectivos para la localización e identificación de los fallecidos por muerte violenta, consiguiendo no sólo la recuperación de los restos de sus familiares para poder darles adecuada sepultura sino para que puedan recuperar su memoria y su dignidad, pudiendo obtener su justa reparación, permitiéndoles cerrar de verdad las heridas abiertas y nunca recompensadas y su duelo personal.

Pero las diligencias no sólo cumplen esa función sino que, sólo a través y después del examen de los restos, de la forma en la que son hallados, el lugar en el que se encuentran, la causa de la muerte, su posición y todos los datos que pueda proporcionar los vestigios y pruebas encontrados, puede reconstruirse lo sucedido y conseguirse la recuperación de la Memoria Histórica y la averiguación de la verdad, lo que supone un interés colectivo superior al individual, que por un lado es responsabilidad del Estado como por otro, derecho de todos los ciudadanos. Este interés superior es el que debe prevalecer ante situaciones de conflicto, frente a intereses particulares de no remover el pasado o incluso de no acordarse la exhumación en determinados casos, siempre con el debido respeto en su caso de los familiares cuya protección de datos de los fallecidos debe respetarse.

Como **diligencias concretas** a practicar deberíamos distinguir tres fases; de **averiguación** o confirmación de la localización de las fosas, de **exhumación e identificación** y por último las destinadas a la centralización de la información. Puesto en conocimiento del juzgado la existencia de una fosa común o lugar en el que se hallen restos humanos, deberán acordarse las diligencias necesarias para la búsqueda de información, obteniendo los indicios del lugar en el que se cometieron los hechos y se encuentran los restos. Para ello, y dependiendo de los casos, pueden acordarse las declaraciones testimoniales que puedan dar razón de lo sucedido, recopilar toda la información disponible de los archivos y fondos públicos, cuyo acceso a los particulares se encuentra en ocasiones muy restringido.

Una vez que se disponga de la documentación suficiente sobre la localización de los restos se procederá a acordar la exhumación de los cadáveres y su posterior identificación. En relación con la exhumación, las particularidades del caso requieren la intervención de técnicos cualificados que han llevar a cabo las tareas de dirección y organización. Dichas tareas pueden durar varios días, siendo precisa una gran organización para que una vez dividido el trabajo entre los distintos profesionales, su labor sea lo más efectiva posible sin merma de las garantías necesarias para la posterior identificación de los restos y la recogida de vestigios e información de lo realmente sucedido, alterando en la

menor medida posible el escenario donde ocurrieron los hechos. Los grupos previamente formados, compuestos por técnicos cualificados actuarían de forma similar a los peritos judiciales, siendo llamados por los juzgados para su intervención en cada caso. Para la adecuada consecución de sus fines sería aconsejable que hubiera un equipo formado por antropólogos forenses, patólogo forense, odontólogo forense y biólogo forense. El papel del antropólogo y del arqueólogo son claves en este proceso de exhumación. El arqueólogo excava y levanta los restos, y luego ya es un material propio del antropólogo físico, para llegar a su identificación. La dirección y la organización debe dejarse a manos de los expertos, quedando el juez en la función de garante, velando por acordar las diligencias necesarias para dotar a la exhumación de las garantías de los levantamientos judiciales, autorizando las diligencias necesarias para que pueda llevarse a cabo la exhumación, interviniendo en casos de que no hubiera consentimiento de los particulares, autorizando en caso de ser necesario las pruebas de ADN para la identificación de los restos. Garantizando con sus decisiones el máximo respeto y protección de los derechos afectados.

(En este sentido, el protocolo del médico Francisco Etxebarria es imprescindible para comprender la complejidad de lo expuesto, (www.sc.ehu.es).

El hallazgo de los restos no sólo tiene como finalidad su identificación y su posterior entrega a la familia sino la averiguación de la verdad, por ello debe procederse a un examen muy pormenorizado de la forma, posición, entorno... y dejar constancia de todo signo o vestigio que permitan la documentación de toda la información obtenida, elaborándose el acta correspondiente y el posterior informe por los técnicos que hubieran intervenido, recogiendo no solo los datos necesarios para la posterior identificación de los restos encontrados, sino también para obtener información que permita la recuperación de la memoria histórica. Por ello, toda la información obtenida en cada exhumación debe remitirse al centro de Memoria Histórica de forma que quede registrada, pudiendo permitir en el futuro el uso de esa información, por ejemplo para el cotejo de los restos encontrados, que inicialmente no hayan sido reclamados, con familiares que posteriormente deseen recuperar los restos exhumados con anterioridad, así como poder ir reconstruyendo los hechos tal y como ocurrieron y recuperar así nuestra memoria histórica.

Una vez practicadas dichas diligencias, es evidente que la forma de conclusión de estas investigaciones y actuaciones judiciales, es una decisión del juez instructor, en el que valorando los resultados de todo lo practicado podría llegar a la conclusión del archivo, de la continuación, o incluso la remisión a otro órgano judicial por cuestiones competenciales. Decisión que no puede ser motivo para el archivo inicial de las actuaciones.

Cabe decir que, hasta ahora, la mayoría de las resoluciones judiciales han archivado las peticiones de los familiares basando sus argumentos invocando la prescripción. Aunque no es nuestro objetivo realizar en este escrito un informe jurídico exhaustivo, y siendo conscientes de la diversidad de opiniones al respecto, nosotras pensamos que sería defendible mantener que nos encontramos ante delitos imprescriptibles, pero que en todo caso y con

independencia del motivo del archivo ello no puede ser causa para no proceder a la práctica de las diligencias de investigación acordadas, por los motivos indicados.

Por último indicar que con independencia de la forma de terminación del procedimiento, sería necesario remitir testimonio de los resultados de la búsqueda e identificación al registro civil competente para la oportuna inscripción de defunción, de forma que con ello se evitaría duplicidades innecesarias para los ciudadanos, que peregrinan hasta ahora de un sitio a otro, sin encontrar respuestas satisfactorias, pudiendo poner fin a este peregrinaje y permitirles no solo recuperar su dignidad, su memoria sino también poder tener el duelo por sus familiares y poder cerrar sus heridas abiertas.

Lo que queremos decir, con todo esto, es que siendo conscientes de la indudable complejidad de estas cuestiones, así como de las innumerables cuestiones jurídicas y dudas que al respecto pueden surgir, como nosotras mismas comprobamos cuando comenzamos a debatir en serio, con todos los matices e interrogantes al respecto, lo que en ningún caso parece de recibo es cercenar todo posible debate, olvidando que también la imaginación es buen recurso a la hora de posibilitar vías alternativas y factibles siempre que ello implique la protección rigurosa de los derechos afectados.

Es por ello que vedar la vía judicial, desde nuestro punto de vista, un grave error, por que ninguno de los obstáculos que a la misma se le puedan objetar es lo suficientemente importante como para su destierro, y sí muchos los inconvenientes y trabas que el actual proyecto implica con tal decisión. Este no puede ser calificado, en conclusión, sino como una lamentable oportunidad perdida, para que de una vez por todas, se consiguiera el reconocimiento estatal del horror sufrido por tantos ciudadanos, honrando su dignidad y su memoria, y garantizando al máximo que, nunca más, hechos similares se repitan.

Inés Soria Encarnación y Amaya Olivas Díaz
Agosto, 2006.