INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA

1. Antecedentes. 2. Justificación del Anteproyecto. 3. Estructura y contenido. 4. Consideraciones previas. 5. El Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. 5.1 En relación a la condición de víctima (Título I). 5.2 En relación al derecho de las víctimas a la verdad (Capítulo I Título II). 5.3 En relación con el derecho de las víctimas a la justicia (Capítulo II Título II). 5.4 En relación con el régimen sancionador (Título IV). 5.5 Disposición final primera. Modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. 5.6. Disposición final segunda. Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria. 6. Conclusiones.

1. Antecedentes

En fecha 12 de febrero de 2021 tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado la comunicación del Sr. Secretario de Estado de Justicia remitiendo el texto del Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, solicitando informe del Consejo Fiscal en el plazo improrrogable de treinta días. El Anteproyecto de Ley se acompaña de la correspondiente Memoria de Análisis de Impacto Normativo.

El oficio justifica su remisión en el cumplimiento de lo previsto en el art. 14.4 j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF).

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 14.4 j) EOMF, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los



tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social (art. 124 CE y art. 1 EOMF). Para el cumplimiento de esta función, corresponde al Ministerio Fiscal, entre otras, las funciones recogidas en el art. 3 del EOMF.

La remisión genérica que el art. 14.4 j) EOMF hace a las funciones del Ministerio fiscal en su conjunto permite actuar la competencia consultiva del Consejo Fiscal en relación a cualquier iniciativa legislativa o propuesta de desarrollo reglamentario que materialmente alcance o afecte el ejercicio de uno o varios de las funciones enumeradas en el art. 3 EOMF.

Además, la función consultiva de este órgano viene siendo interpretada en términos amplios, habiéndose expresado en otras ocasiones el Consejo Fiscal en el sentido de entender que, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, han de ser expresadas sus consideraciones sobre aspectos que afecten a derechos y libertades fundamentales, así como en relación a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, y todo ello con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales en los que el Ministerio Fiscal ejercita las funciones que legalmente tiene encomendadas.

La nueva Ley aparece guiada por el objetivo de «fomentar un discurso común basado en la defensa de la paz, el pluralismo y la condena de toda forma de totalitarismo político que ponga en riesgo el efectivo disfrute de los derechos y libertades inherentes a la dignidad humana», como indica su Exposición de Motivos, y proporcionar una reparación integral de las víctimas mediante el desarrollo de «las políticas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que han sido objeto de las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos al Estado».



En el marco del derecho a la justicia de las víctimas, el Anteproyecto promueve la intervención activa del fiscal en los procedimientos en materia de memoria democrática y derechos humanos y prevé la creación de una *Fiscalía de Sala* para la investigación de los hechos que constituyan violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, a la que atribuye funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre la materia para lograr su debida identificación y localización, de modo que el texto propuesto afecta directamente a la organización, estructura y funciones del Ministerio Fiscal.

En este sentido, el Anteproyecto sometido a informe incide en las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal de velar por el respeto a las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3.3. EOMF); ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (art. 3.4 EOMF); intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos (art. 3.5 EOMF); tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (art. 3.6 EOMF); intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación (art. 3.7 EOMF); y velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas (art. 3.10 EOMF).



Es por ello que la emisión del presente informe se enmarca en las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el Anteproyecto en aquellos aspectos vinculados a la actuación y funciones del Ministerio Fiscal y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

2. Justificación del Anteproyecto

El Anteproyecto objeto de informe nace con el propósito de impulsar políticas públicas de memoria democrática con un doble objetivo, según se indica en la Exposición de Motivos:

Por un lado, pretende fomentar el conocimiento de las etapas democráticas de nuestra historia y de todas aquellas figuras individuales y movimientos colectivos que fueron construyendo los nexos de cultura democrática que permitieron llegar a los acuerdos de la Constitución de 1978, y al actual Estado Social y Democrático de Derecho para defender los derechos de los españoles, sus nacionalidades y regiones.

Por otro lado, esta Ley persigue preservar y mantener la memoria de las víctimas de la Guerra y la dictadura franquista, a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas, el establecimiento de la justicia y fomento de la reparación y el establecimiento de un deber de memoria de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o totalitarismo.

El Anteproyecto persigue, pues, establecer el marco legislativo estatal que permita la implementación de medidas de rehabilitación de la memoria de las víctimas y de reparación de los daños causados, fomentar la convivencia pacífica y el continuo desarrollo de nuestra democracia y superar las



deficiencias existentes en las políticas de memoria democrática hasta ahora instauradas, en respuesta a las demandas del movimiento memorialista y de la sociedad civil y en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España.

Como señala la Exposición de Motivos, con la llegada de la democracia España se sumó a todos los tratados internacionales de Derechos Humanos, reconociendo a sus diferentes órganos; antes de la aprobación de la propia Constitución, el 30 de abril de 1977, se ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, incorporando los mecanismos y garantías para su protección; el 19 de octubre de 1987 se ratificó la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; así como la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el 14 de julio de 2009.

De suma relevancia fue la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del 17 de marzo de 2006, en la que se condenaban «las graves violaciones de los Derechos Humanos cometidas en España por el régimen franquista», y que constituye el impulso definitivo para la adopción de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil o la dictadura, conocida como Ley de Memoria Histórica.

Numerosas comunidades autónomas han aprobado leyes de memoria histórica y democrática o bien han desarrollado actuaciones de memoria «para atender a las necesidades y culturas memoriales específicas de cada comunidad autónoma».



Tras la aprobación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, la perspectiva internacional de los derechos humanos en relación con las víctimas y las graves violaciones de derechos humanos cometidos durante la guerra y la dictadura franquista cobran gran relevancia, destacando los informes de 2014 del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias y del Relator Especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, Pablo de Greiff.

En sus observaciones y recomendaciones a España coinciden en señalar la necesidad de asumir las obligaciones internacionales mediante un claro liderazgo y compromiso en la búsqueda de personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura como obligación de una política de Estado integral, coherente, permanente, cooperativa y colaborativa.

Ante el desarrollo del Derecho internacional de derechos humanos, el fortalecimiento de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y las recomendaciones de organismos internacionales, el texto trata de «garantizar el derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, así como las oportunas formas de reconocimiento y reparación, todo ello para profundizar en el objetivo original de fomentar la convivencia pacífica y el continuo desarrollo de nuestra democracia», y en este sentido, la iniciativa se valora positivamente.

3. Estructura y contenido

El Anteproyecto de Ley consta de sesenta y seis artículos distribuidos en cinco Títulos, once disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales.



El Título preliminar, que contiene disposiciones generales, determina junto con el objeto y finalidad de la Ley, los principios y valores democráticos en los que asienta la misma que, según indica la Exposición de Motivos, busca fomentar, promover y garantizar el conocimiento de la larga historia por las libertades y democracia en España.

El Título I, sobre *las víctimas*, define el concepto de víctima a efectos de esta ley, incluyendo a todas las víctimas de acciones u omisiones que constituyan violación de los derechos humanos durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la guerra y la dictadura, hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, así como sus familiares. Se establece asimismo que las víctimas lo serán igualmente a los efectos de la aplicación del Estatuto de la víctima del delito aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*.

Se declara el carácter radicalmente nulo de todas las condenas y sanciones producidas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa o de orientación e identidad sexual durante la guerra y la dictadura y el reconocimiento del derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en el Título y con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia.

El Título II, sobre las políticas públicas integrales de memoria democrática, que consta de cuatro capítulos, coloca a la Administración General del Estado en la posición de garante de los derechos a la verdad, a la justicia y a una reparación integral de las víctimas, obligada al desarrollo de las medidas de restitución, rehabilitación y satisfacción orientadas al restablecimiento de los derechos de las víctimas tanto en su dimensión individual como colectiva, así como al desarrollo de medidas destinadas a evitar que las violaciones de derechos



humanos que se produjeron durante el golpe de estado, la guerra y al dictadura vuelvan a repetirse. Incluye la perspectiva de género con carácter transversal a toda la Ley, haciendo especial reconocimiento del papel activo de las mujeres en la vida intelectual y política, en la promoción, avance y defensa de los valores democráticos y los derechos fundamentales.

El Capítulo I de este Título, sobre el derecho de las víctimas a la verdad, se compone de dos secciones. La Sección 1ª, sobre localización e identificación de personas desaparecidas, establece de manera expresa, siguiendo las recomendaciones de distintos organismos internacionales en materia de derechos humanos, que la búsqueda de las personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura corresponde a la Administración General del Estado, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad, estableciendo la colaboración entre las mismas. Prevé la confección de un mapa integrado de localización de personas desaparecidas que comprenda todo el territorio español, el régimen de autorizaciones administrativas, un procedimiento para la localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas que será objeto de desarrollo en los protocolos correspondientes y la creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura.

La Sección 2ª, sobre los archivos y documentos de archivo y otros recursos de información para la recuperación de la memoria democrática, regula el acceso a los fondos y archivos públicos y privados y la creación de un censo de fondos documentales para la memoria democrática, establece normas para la adquisición, protección y difusión de los documentos de archivo y otros documentos con información sobre la guerra y la dictadura, y el régimen jurídico del Centro Documental de la Memoria Histórica de Salamanca, que tendrá la consideración de lugar de Memoria Democrática.



El Capítulo III, de la justicia, prevé la creación de la Fiscalía de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos para la investigación de los hechos que constituyen violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, con funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencia sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización. Se garantiza el derecho a la investigación de las violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional Humanitario ocurridas con ocasión de la guerra y la dictadura y la tutela judicial mediante el procedimiento encaminado a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y circunstancias de hechos pasados relacionados con las víctimas, mediante la modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en la Disposición final segunda.

El Capítulo III, sobre *la reparación*, incorpora actuaciones específicas en relación a los bienes expoliados durante la guerra y la dictadura y se recoge el reconocimiento y reparación de las víctimas que realizaron trabajos forzados en ese periodo.

El Capítulo IV, relativo al *deber de Memoria Democrática* como garantía de no repetición, se divide en cuatro secciones. La Sección 1ª contiene medidas relacionadas con los símbolos y actos públicos contrarios a la memoria democrática. La Sección 2ª se ocupa de la revocación de distinciones, nombramientos, títulos y honores institucionales, de condecoraciones y recompensas o supresión de títulos nobiliarios que hayan sido concedidos o supongan exaltación de la guerra y la dictadura. La Sección 3ª recoge acciones y medidas de fomento de los valores democráticos y de convivencia, relacionadas con los diferentes ámbitos educativos y de formación del profesorado, la investigación, la elaboración de planes de formación en relación



a la memoria democrática para los empleados del Estado y programas de divulgación y sensibilización tendentes a restablecer la dignidad de las víctimas. La Sección 4ª regula los lugares de la memoria democrática, que tendrán una función conmemorativa y didáctica, el procedimiento para su declaración como tales, el régimen de protección de los mismos y la creación de un inventario estatal como instrumento de publicidad y conocimiento.

El Título III, sobre el *movimiento memorialista*, reconoce la labor de las asociaciones, fundaciones y organizaciones que hayan destacado en la defensa de la memoria democrática y la dignidad de las víctimas de la guerra y la dictadura y crea el Consejo de la Memoria Democrática como órgano colegiado consultivo y de participación de las entidades memorialistas españolas.

El Título IV aborda el *régimen sancionador*, regulando las infracciones y sanciones y el procedimiento sancionador, en garantía del cumplimiento de lo establecido en la ley, castigando las acciones u omisiones que supongan incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley.

La Disposición adicional primera introduce la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la estricta observancia de las obligaciones recogidas en la ley.

La Disposición adicional segunda regula el procedimiento para el cumplimiento de lo dispuesto en la ley sobre exhumación y traslado de los restos mortales que yacen en el Valle de los Caídos.

La Disposición adicional tercera regula la retirada de recompensas prevista en la Ley 5/1964, de 29 de abril, sobre Condecoraciones Policiales, y de la Ley



19/1976, de 29 de mayo, sobre creación de la Orden del Mérito del cuerpo de la Guardia Civil.

La Disposición adicional cuarta establece un mandato al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para facilitar el acceso a la consulta de los libros de actas de defunciones de los Registros Civiles.

La Disposición adicional quinta regula como causa de extinción de fundaciones, la apología del franquismo y la incitación directa o indirecta al odio o a la violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por ser contrario al interés general.

La Disposición adicional sexta establece, a efectos de la revocación de la declaración de utilidad pública por no responder a la promoción de fines de interés general, aquellas asociaciones que persigan o realicen actividades que constituyan apología del franquismo o la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo.

La Disposición adicional séptima introduce la previsión, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley, de la modificación de la L.O. 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, para incluir como causa de disolución la realización pública de apología del franquismo y la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas el golpe de Estado, de la guerra o del franquismo por su condición de tales.

La Disposición adicional octava introduce una regla sobre la adquisición de la nacionalidad española para los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela que hubieran perdido la nacionalidad española a consecuencia del exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia, entre otros supuestos.



La Disposición adicional novena prevé la restitución de bienes incautados en el extranjero por el Estado español.

La Disposición adicional décima aborda la protección de datos de carácter

personal y las normas reguladoras de los tratamientos de datos personales

contenidos en la ley.

La Disposición adicional undécima establece un mandato al Gobierno para

promover la investigación y estudios de la pandemia de poliovirus que tuvo

lugar en España en los años 50 y adoptar medidas de carácter sanitario y

social a favor de las personas afectadas por la polio, efectos tardíos de la polio

y pospolio.

La Disposición transitoria única versa sobre el régimen transitorio del patronato

de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.

La Disposición derogatoria única deroga aquellas normas que se opongan a lo

contenido en la ley, derogando expresamente la Ley 52/2007, de 26 de

diciembre.

La Disposición final primera, modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por

la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

La Disposición final segunda modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la

Jurisdicción Voluntaria.

La Disposición final tercera aborda el título competencial.

La Disposición final cuarta prevé la habilitación al Gobierno para dictar normas

de desarrollo.

12



La Disposición final quinta se refiere al acceso a la información pública de los archivos de la Administración General del Estado.

La Disposición final sexta versa sobre la constitución de la Comisión de trabajo sobre la Memoria y la Reconciliación con el Pueblo Gitano en España.

La Disposición final séptima es la relativa a la preservación y custodia de los archivos de las Presidencias de los Gobiernos constitucionales.

La Disposición final octava modifica la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, *de Fundaciones*.

La Disposición final novena contiene la entrada en vigor de la norma.

El presente informe se circunscribe a aquellos apartados de la ley que resultan directamente vinculados con la actividad del Ministerio Fiscal y afectan a su estructura, organización y funciones, esto es, fundamentalmente los Capítulos I y II del Título II, que tienen por objeto el derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas, y las disposiciones finales primera y segunda. El resto del articulado que no se menciona expresamente no es objeto de comentario por exceder su contenido de las previsiones del art. 14.4 j) EOMF.

4. Consideraciones previas

El deber de velar por la integridad de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales que concierne al Ministerio Fiscal aconseja situar el análisis de la presente propuesta en el contexto de los derechos de las víctimas y su contrapartida, el deber del Estado de procurar su satisfacción que en materia de violaciones graves del derecho internacional de los Derechos



Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se concretan en la cláusula «justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición».

Verdad, justicia y reparación conforman el cuerpo de derechos característicos de la llamada justicia transicional, es decir, aquellos derechos que todo Estado debería garantizar en el marco de un proceso de transición política a la democracia.

La conceptualización de los crímenes de la guerra y de la dictadura franquista como graves violaciones de derechos humanos aparece no solo en la Exposición de Motivos sino a lo largo del articulado del Anteproyecto, tanto en la definición del concepto de víctima a los efectos de la ley como en el reconocimiento y plasmación en el texto normativo de los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Parte del informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptado en París el 17 de marzo de 2006 que condenaba las violaciones de derechos humanos durante la guerra, la posguerra y la dictadura franquista. En este sentido la Exposición de Motivos señala que «[c]omo indica el referido informe del Consejo de Europa, en España se produjeron de manera sistemática desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, políticas de campos de concentración, trabajos forzados, torturas, violaciones e incluso secuestro masivo de recién nacidos bajo una política de inspiración "genética"».

Las legítimas expectativas de los familiares de las víctimas a saber la verdad de lo acontecido, conocer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, recuperar sus restos para darles un trato digno, han sido configuradas como derechos en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada el 20 de diciembre de 2006, ratificada por



España el 24 de septiembre de 2009 y en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, cuyo art. 24 reconoce convencionalmente la condición de víctima no solo a las personas cuyo paradero se desconoce, sino también a quienes sufren un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición, entre quienes se incluyen los familiares.

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas forma parte del ordenamiento jurídico interno, una vez ratificado y publicado el 18 de febrero de 2011 en el BOE, en virtud de lo previsto en el art. 96.1 CE.

Los informes y observaciones evacuados por el comité contra la desaparición forzada, por el Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias y el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición plantean la falta de cumplimiento efectivo por el Estado español de las obligaciones que el Derecho internacional establece para proteger a las víctimas.

En este sentido se valora positivamente el avance que supone el Anteproyecto en cuanto al reconocimiento de los derechos de las víctimas de la guerra y la dictadura franquista y la implantación de políticas públicas para su reparación integral, actuaciones que se analizan seguidamente desde el punto de vista de la colaboración institucional y las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal.

En nuestro Derecho constitucional y procesal penal el descubrimiento de la verdad, el acceso a la justicia y la reparación del daño ocasionado son contenidos propios del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 CE, de modo que rige plenamente respecto a los mismos la obligación del Ministerio Fiscal de velar por su protección y el efectivo disfrute por las víctimas titulares del citado derecho.

5. El Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática

5.1 En relación a la condición de víctima (Título I)

El art. 3.1 del Anteproyecto, sobre las *víctimas*, contiene una definición de víctima a los efectos de la Ley, en línea con la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, incluyendo en tal concepto «a toda persona, con independencia de su nacionalidad, que haya sufrido, individual o colectivamente, daño físico, moral o psicológico, daños patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan violación de los derechos humanos durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la posterior Guerra y la Dictadura, incluyendo el transcurrido hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978», definición que se completa con un listado de supuestos de víctimas en particular.

El apartado cuarto atribuye también la consideración de víctima a los efectos de la ley a los familiares de las recogidas en el apartado primero, «entendiéndose por tales a la persona que haya sido cónyuge de la víctima o persona ligada por análoga relación de afectividad, sus descendientes, sus ascendientes y sus colaterales hasta el cuarto grado», así como a «las personas que hayan sufrido daños o represalias al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización».

El apartado 5 del art. 3 establece que las víctimas lo serán igualmente a los efectos de aplicación del Estatuto de la víctima del delito aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima del Delito*, previsión que merece una valoración positiva, habida cuenta que el Estatuto, por medio del que se transpuso al ordenamiento interno la Directiva 2012/29/UE del



Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, comprende un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo en aras de la salvaguarda integral de la víctima no solo intra proceso sino también de carácter extraprocesal incluyendo la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa.

5.2 En relación al derecho de las víctimas a la verdad (Capítulo I Título II)

El Derecho internacional reconoce el derecho a la verdad como un derecho autónomo e inalienable, relacionado con el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, realizar investigaciones eficaces y garantizar recursos efectivos y reparación. El derecho a saber la verdad se invoca generalmente en un contexto de violaciones graves de los derechos humanos e infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario. En caso de desaparición forzada, el derecho a la verdad tiene una faceta especial: el conocimiento por parte de los familiares de la suerte y el paradero de las personas desaparecidas. En caso de fallecimiento este derecho implica, además, la obligación del Estado de buscar, respetar y restituir los restos mortales para que los familiares puedan enterrarlos conforme a sus tradiciones o creencias religiosas (art. 24.2, 3 y 6 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-12-2006).

Además, el derecho a la verdad tiene una doble dimensión: por un lado, el derecho a conocer la verdad tiene carácter colectivo y, por tanto, la sociedad tiene derecho a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado porque las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos son el paradigma de crímenes de estado, según el Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos



mediante la lucha contra la impunidad; y por otro, el derecho de las víctimas a saber, de carácter individual, que en este caso corresponde a los familiares de las personas desaparecidas y que supone que, independientemente de las acciones que puedan entablar, las víctimas y sus familias tienen el derecho de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima (art. 24. 2 de la Convención Internacional de 2006).

El Comité de Desapariciones Forzadas ha recordado a España en relación con el derecho a la verdad que «la búsqueda de las personas que han sido sometidas a desaparición forzada y el esclarecimiento de su suerte son obligaciones del Estado, aun cuando no se haya presentado una denuncia formal, y que los familiares tienen, entre otros, el derecho a conocer la verdad sobre la suerte de sus seres queridos desaparecidos». En este contexto, «el Comité recomienda que el Estado parte adopte todas las medidas necesarias, incluyendo la asignación de los recursos de personal, técnicos y financieros suficientes, para la búsqueda y esclarecimiento de la suerte de las personas desaparecidas». Asimismo, el Comité alienta a España «a prever de forma expresa el derecho a la verdad de las víctimas de desaparición forzada en línea con lo dispuesto por el art. 24, párrafo 2, de la Convención y a asegurarse que todas las víctimas puedan gozar plena y efectivamente de ese derecho».

El art. 24.3 de la Convención Internacional de 2006 establece que «cada Estado parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y restitución de los restos». El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, consciente de que no siempre será posible obtener resultados, señala que el Estado estaría ante una obligación de medios de modo que debe implementar todas las medidas que sean



necesarias para encontrar a la persona hasta que pueda determinar «por presunción» su suerte o paradero.

El art. 14 del Anteproyecto, en su apartado 1, reconoce el derecho de las víctimas a la verdad que concreta en la «verificación de los hechos y la revelación pública y completa de los motivos y circunstancias en que se cometieron las violaciones de Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra y de la Dictadura, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima y al esclarecimiento de su paradero».

El apartado segundo prevé el impulso por la Administración General del Estado de investigaciones para fomentar el conocimiento científico sobre lo ocurrido en la guerra y en la dictadura, así como de los procesos memoriales que han tenido lugar en el país con la finalidad de impulsar el desarrollo de la memoria democrática.

La implementación de instrumentos con el objetivo de garantizar el derecho a conocer la verdad en su dimensión colectiva como las investigaciones de carácter histórico-científico, junto a medidas que permiten el acceso del público a la información contenidas en archivos públicos y privados, reguladas en la Sección 2ª del Capítulo I del Título II, «Archivos y documentos de archivo y otros recursos de información para la recuperación de la Memoria Democrática», merecen una valoración positiva habida cuenta que contribuyen al cumplimiento de las obligaciones jurídicas del Estado de dar satisfacción al derecho a conocer la verdad.

La Sección 1ª del Capítulo I aborda la regulación de la localización e identificación de personas desaparecidas. Al respecto señala la Exposición de



Motivos que «se asume como política de Estado la legítima demanda de los ciudadanos y ciudadanas que ignoran el paradero de sus familiares, la mayoría en fosas comunes, para que puedan darles digna sepultura, poniendo fin a la existencia de miles de desaparecidos en España, que revictimizan a sus familias», puesto que una de las demandas principales de víctimas y asociaciones memorialistas ha sido la de conseguir la localización, exhumación e identificación de los restos de las personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura.

Se valora, pues, muy positivamente su asunción directamente por el Estado, a través de la atribución a la Administración General del Estado de la búsqueda, localización, exhumación —en su caso— e identificación de las personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad, reforzando la colaboración entre administraciones y mediante la creación del Banco Estatal de ADN de las Víctimas de la Guerra y la Dictadura, recogiendo así las recomendaciones de los organismos internacionales, pues supone un claro avance frente a la previsiones contenidas en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, que establece en los arts. 11, 12, 13 y 14 un modelo de colaboración entre las administraciones públicas y los familiares descendientes de las víctimas que se ha demostrado insuficiente e insatisfactorio para las víctimas.

El art. 15 atribuye a la Administración General del Estado las tareas de búsqueda de personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura, que se llevará a cabo de forma gradual, desarrollándose mediante planes plurianuales de búsqueda, localización, exhumación e identificación elaborados por el departamento competente en materia de memoria democrática. Se prevé asimismo la colaboración de las administraciones, a través de los mecanismos de financiación y ayuda que se establezcan, en las actividades de localización



e identificación realizadas por las víctimas o entidades que tengan por objeto tales actividades.

El art. 17 prevé la elaboración de un mapa integrado de localización de personas desaparecidas que comprenda a todo el territorio español. Los arts. 18 y 19 comprenden el régimen de las autorizaciones administrativas para las tareas de prospección y el procedimiento para la localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas, actividades que deberán realizarse siguiendo los correspondientes protocolos de actuación que deberán adoptarse por las administraciones públicas competentes (art.20).

El objetivo de las exhumaciones de las personas desaparecidas, practicadas por las administraciones competentes, es fundamentalmente esclarecer la verdad de lo ocurrido y restituir la dignidad de las víctimas y de sus familiares.

Además de esta dimensión humanitaria, en la medida en que pueda inferirse que la muerte de las víctimas fue violenta —no estando establecidas y debidamente certificadas sus causas concretas— y la inhumación de los cadáveres efectuada de modo irregular, las exhumaciones adquieren carácter judicial penal, habida cuenta que cuando un cuerpo es enterrado como consecuencia de una muerte violenta, los restos encontrados pueden constituir una fuente de prueba, a partir de la que se pueden establecer los hechos y las circunstancias en que se produjo la muerte, de modo que la exhumación adquiere una finalidad judicial que, a su vez, está íntimamente relacionada con el derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas.

La necesaria intervención judicial en el proceso de exhumación se recoge en los arts. 22 y 23 del Anteproyecto. El art. 22, en relación con el hallazgo casual de restos humanos, prevé el deber de comunicación inmediata a la autoridad administrativa, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o al



juzgado, que deberán ponerlo en conocimiento a la mayor brevedad posible de las autoridades competentes en materia de memoria democrática.

Por su parte, el apartado primero del art. 23, en relación a los hallazgos de restos resultado de las intervenciones realizadas por las administraciones competentes reguladas en la ley, prevé la puesta inmediata en conocimiento del Ministerio Fiscal y las autoridades administrativas y judiciales competentes, de modo que se garantiza la intervención de la autoridad judicial y/o del Ministerio Fiscal, previsión que se evalúa positivamente.

Al mismo tiempo que el traslado a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal, se prevé la puesta en conocimiento de las autoridades administrativas competentes —se entiende en materia de sanidad mortuoria, municipio, consejería autonómica de sanidad— que necesariamente deberá coordinarse con la administración competente en materia de memoria democrática y con la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal a través de los protocolos correspondientes a que se refiere el art. 20 del Anteproyecto.

El apartado segundo del art. 23 prevé la necesidad de autorización de la administración competente para el traslado de restos humanos encontrados como consecuencia de localización o por hallazgo casual, sin perjuicio de lo que la autoridad judicial pueda disponer.

Si bien el Anteproyecto regula en el art. 23 un procedimiento de carácter administrativo para el traslado de los restos, su identificación y posterior inhumación o restitución a sus familiares, no excluye la intervención de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal en la exhumación, dándoles traslado del hallazgo de los restos, al objeto de practicar la inspección ocular conforme a lo dispuesto en los arts. 335 y 340 LECrim, reseñar la descripción del estado de los restos y de las circunstancias concurrentes y a los efectos de determinar



si se trata de restos de víctimas de las comprendidas en el art. 3 de la ley, permitiendo en ese caso que las actividades ulteriores de traslado, identificación, recuperación de los restos por los familiares e inhumación, se realicen por la administración competente sin perjuicio del devenir de la tramitación del procedimiento judicial.

La previsión del traslado del hallazgo al Ministerio Fiscal merece una valoración positiva, dado que supone una garantía para las víctimas y permite al Ministerio Fiscal estar presente en la exhumación y amparar desde ese momento los derechos de los familiares y afectados, bien en el marco del procedimiento que se incoe por el órgano judicial, bien en el ámbito de las diligencias incoadas por la fiscalía competente.

Según se afirma en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, la finalidad que el legislador persigue con la participación del Ministerio Fiscal en las labores de exhumación e identificación es asegurar «la participación protectora y garantista del Estado y, en su caso, la correspondiente acción procesal», ejercicio de la acción procesal que no solo podrá tener lugar en el ámbito de la jurisdicción penal, sino también en otras jurisdicciones como prevé expresamente el Anteproyecto en el ámbito de la jurisdicción civil.

Nada que objetar en este sentido, puesto que asegurar que la Administración respeta las garantías exigibles y hace uso de los instrumentos que el ordenamiento jurídico ofrece a tal fin, promoviendo en su caso la acción de la justicia, es tarea genuinamente propia del Ministerio Público, vinculada de manera nítida al interés general y la defensa de la legalidad.

En variadas ocasiones corresponde a los y las fiscales realizar una función de supervisión administrativa en un contexto ajeno al procesal que es su medio



habitual, como ocurre por ejemplo respecto a las entidades de protección de menores o de internamiento de menores o extranjeros.

Sin perjuicio de ello, deben tenerse en consideración las cautelas contenidas en la Recomendación (2012)11 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Público fuera del sistema de justicia penal, cuyo Apéndice establece (apartado C.3) que «las competencias y los poderes de los fiscales fuera del sistema de justicia penal deben ser establecidos en todos los casos por la ley y claramente definidos para evitar cualquier ambigüedad» y en el apartado B.2 que «cuando el ordenamiento jurídico nacional confiera a los fiscales competencias y poderes fuera del sistema de justicia penal, su misión será la de representar el interés general o público».

El apartado quinto del art. 23 establece la obligación del Ministerio Fiscal de promover la inscripción de fallecimiento con arreglo a lo establecido en la legislación aplicable en materia de Registro Civil, previsión que merece una valoración positiva en tanto encomienda al Ministerio Público una actuación proactiva en cuanto a la promoción de la inscripción de fallecimiento que se enmarca en la función que el Ministerio Fiscal tiene atribuida en el art. 3.6 EOMF —tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público y social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley en el marco de la función constitucional de promover la acción de la justicia en defensa del interés público que corresponde al Ministerio Fiscal—.

El art. 25 prevé la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de la existencia de indicios de la comisión de delitos que se aprecien con ocasión de las localizaciones e identificaciones reguladas en la ley, plasmando en la ley la obligación que con carácter general se establece para las administraciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de denunciar los hechos de que tengan conocimiento que revistan caracteres de delito.



El traslado al Ministerio Fiscal de la *notitia criminis* dará lugar, en su caso, a la apertura de las correspondientes diligencias de investigación para el esclarecimiento de los hechos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 EOMF, y para determinar su entidad jurídico penal, con pleno respeto en todo caso al principio de legalidad.

Debe ponerse en relación este precepto con lo dispuesto en el apartado segundo de la Disposición adicional primera que establece la compatibilidad de las previsiones contenidas en la ley con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España, de modo que las medidas previstas en la ley no excluyen en ningún caso el ejercicio de las acciones judiciales.

5.3 En relación con el derecho de las víctimas a la justicia (Capítulo II Título II)

Llama la atención que el capítulo II del Título II del Anteproyecto, que aborda la regulación del derecho a la justicia, contenga solo dos artículos: el art. 29 que prevé la creación de la *Fiscalía de Sala* de Memoria Democrática y Derechos Humanos y el art. 30 sobre el derecho a la investigación.

Para el Derecho internacional, el derecho a la justicia supone la existencia de un recurso efectivo ante los tribunales nacionales a disposición de todas las personas que le ampare ante actos que violan sus derechos fundamentales, en los términos que proclamara el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966, lo que obliga al Estado a habilitar el acceso al proceso de las víctimas y el desarrollo de una investigación eficaz, completa e imparcial. De ahí el deber de investigar con recursos adecuados, efectivos y rápidos, como



enuncia el apartado 12 de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

En materia de desapariciones forzadas, la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006 establece las mismas obligaciones de facilitar el acceso a la justicia y de investigar de manera exhaustiva e imparcial la denuncia (art. 12).

El contenido típico de este derecho a la justicia, según viene conformándose en el Derecho internacional, es el de habilitar mecanismos legales para la investigación, enjuiciamiento y castigo penal de los culpables de graves violaciones de derechos humanos si bien la vía del enjuiciamiento penal no es la única articulación posible del derecho a la justicia. Junto a ella cabe citar los procesos judiciales internacionales; determinados procesos judiciales limitados a la investigación y la documentación; la institucionalización de mecanismos que garanticen el acceso a la información y, en particular, a los archivos; los procedimientos civiles y administrativos; las investigaciones llevadas a cabo por las instituciones nacionales de derechos humanos; los proyectos de corte histórico dirigidos a establecer un relato oficial, científico y acordado de lo ocurrido y las comisiones de la verdad.

La Exposición de Motivos señala al respecto que «el Capítulo II regula el derecho a la justicia, que habrá de ser garantizado a través de investigaciones públicas que esclarezcan las violaciones de derechos humanos producidas durante la guerra y la Dictadura. Con este fin, se crea la *Fiscalia de Sala* para la investigación de los hechos que constituyan violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. A esta *Fiscalia* se le atribuirán asimismo funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las



víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia».

La plasmación de tal declaración se concreta en los arts. 29 y 30 que adolecen de cierta indefinición en su redacción que debe ser matizada.

El art. 29 establece que «[s]e crea una *Fiscalía de Sala* para la investigación de los hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del derecho Internacional Humanitario. A esta Fiscalía se le atribuirán asimismo funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización».

Se considera procedente que las referencias que el Anteproyecto efectúa a la creación de una *Fiscalía de Sala* se sustituyan por el término *Fiscal de Sala*, pues la expresión utilizada por el prelegislador resulta incoherente con la organización interna expresamente prevista en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (arts. 12 y 13 EOMF). Este Fiscal de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos se hallará orgánicamente ubicado en la Fiscalía General del Estado y estará al frente de la unidad especializada en la materia.

Merece un juicio favorable la creación de un Fiscal de Sala y, por consiguiente, una unidad especializada ratione materiae en un ámbito material sustantivo complejo y digno de especial atención e interés, como es la investigación de las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, si bien cabe señalar que de la lectura del precepto se desprende claramente un ámbito de actuación más amplio que el que se contempla en la Exposición de Motivos referido a las violaciones de derechos



humanos producidas durante la guerra y la dictadura, lo que pone de manifiesto que la creación de la *Fiscalia de Sala* especializada, además de obedecer a la necesidad de dar respuesta tanto a un interés individual especialmente sensible como es el de las víctimas a que se refiere el art. 3 del Anteproyecto como a un interés colectivo de toda la sociedad en la preservación de la memoria democrática, nacería con vocación de comprender un área normativa extensa y de complejidad técnica como es el ordenamiento internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario lo que justifica el recurso de la especialización como se expondrá seguidamente al analizar la reforma del EOMF.

El Derecho internacional de los Derechos Humanos es un sistema de normas internacionales destinados a proteger y promover los derechos humanos de todas las personas y establece las obligaciones de los Estados de actuar de determinada manera o abstenerse de determinados actos con ese fin. Está recogido en la declaración Universal de Derechos Humanos y en varios tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y sus dos Protocolos facultativos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, entre otros, así como en el Derecho internacional consuetudinario.

Por otra parte, las resoluciones aprobadas por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Consejo de Derechos Humanos, la jurisprudencia de los órganos de tratados, los informes de los procedimientos especiales de derechos humanos, así como las declaraciones, los principios rectores y otros instrumentos legales no vinculantes, contribuyen a aclarar, materializar y



establecer principios directivos sobre normas y criterios mínimos de derechos humanos.

Se reconoce que algunos de los derechos tienen un estatus especial como normas imperativas de Derecho internacional consuetudinario (*ius cogens*), lo que significa que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia y que tienen primacía, en particular, sobre otras obligaciones internacionales. En general se reconoce que las prohibiciones de la tortura, la esclavitud, el genocidio, la discriminación racial y los crímenes de lesa humanidad, y el derecho a la libre determinación son normas imperativas.

El Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, aspiran a limitar los efectos del conflicto armado. Protege a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y restringe los medios y métodos de combate. Su alcance es, por lo tanto, limitado *ratione materiae* a las situaciones de conflicto armado. Las fuentes del Derecho internacional humanitario son los tratados y el derecho internacional consuetudinario, como el Reglamento de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y los Convenios de Ginebra y sus protocolos.

Determinadas violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario constituyen delitos en virtud del Derecho penal internacional, por lo que les son aplicables también otros corpus normativos como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El Derecho penal internacional y la justicia penal internacional sobre crímenes de guerra aplican el Derecho internacional humanitario y también aclaran y desarrollan sus normas.



La Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 contiene los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, principios que se aplican a violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario que por su carácter muy grave constituyen una afrenta a la dignidad humana y que constituyen crímenes en virtud del Derecho internacional, imponiendo a los Estados la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones.*

La investigación de hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a que se refiere el art. 29 del Anteproyecto se vincula así a las responsabilidades individuales que puedan derivarse de violaciones graves de derechos humanos constitutivas de delitos tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el genocidio, la tortura o las desapariciones forzadas.

Atribuye también el art. 29 del Anteproyecto al Fiscal de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos «funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización».

Se considera apropiada la actuación del Ministerio Fiscal de promoción de la búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, que habrá de desenvolverse bien en el seno de unas diligencias de investigación, bien de



unas diligencias preprocesales al objeto de ejercitar las acciones pertinentes en la jurisdicción civil, bien en el marco de un procedimiento judicial, dado que la intervención de la unidad especializada prevista en el art. 29 aparece orientada a garantizar los derechos de las víctimas y sus familiares en las actuaciones de localización y exhumación, y al impulso de la identificación de las posibles víctimas, por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas (art. 10.1 CE) y al derecho a la integridad moral, competencias subsumibles en las funciones del Ministerio Fiscal de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertadas públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3. 4º y 5º EOMF) y de velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

Mayores dudas suscita la interpretación del primer apartado del art. 30 del Anteproyecto que aborda el derecho a la investigación en los siguientes términos:

1. El Estado garantizará el derecho a la investigación de las violaciones a los derechos humanos y el derecho Internacional Humanitario ocurridas con ocasión de la Guerra y la Dictadura, así como el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la aprobación de la Constitución Española. La Fiscalía de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos intervendrá en su caso en defensa de la legalidad y los derechos humanos.

Si bien se pone en valor el reconocimiento legal de la obligación del Estado de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, pues su denegación genera responsabilidad internacional del Estado como se recoge en las recomendaciones de organismos internacionales, no se plasma en el texto del articulado, sin embargo, cómo se concreta esa garantía para hacer efectivo el



derecho a las "investigaciones públicas" a que se refiere la Exposición de Motivos más allá de la intervención en la investigación de la *Fiscalía de Sala* de Memoria Democrática y Derechos Humanos y de las previsiones de los apartados 2 y 3 que se analizan seguidamente.

No puede obviarse en el presente informe que la pretensión no solo de enjuiciamiento sino también de investigación en vía jurisdiccional penal ha sido rechazada de forma generalizada por los órganos judiciales antes y después de la Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero de 2012, cuyos argumentos han sido reiterados en la reciente Sentencia de 15 de febrero de 2021.

Posteriormente en Auto de 28 de marzo de 2012 el Tribunal Supremo afirmó que la competencia para la acordar la práctica de diligencias de identificación de restos humanos «y proceder como corresponde en Derecho cuando aparecen restos de personas con síntomas de muerte violenta» corresponde a los juzgados de instrucción de los lugares donde aquellos aparecieran. Es, pues, el juez de instrucción quien ha de llevar a cabo la práctica de diligencias para datar las acciones, identificar a los posibles afectados y proceder como corresponde en Derecho cuando aparecen restos de personas con síntomas de muerte violenta, salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querella se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible" (FD 4º).

No obstante, el Tribunal Supremo reconoce que la imposibilidad del enjuiciamiento penal de los autores de los hechos en cuestión no afecta al derecho de las víctimas a recuperar los restos de sus familiares, tal y como como reconoce el propio Derecho internacional de los derechos humanos, y señala la posibilidad de que los tribunales sean garantes del derecho a la reparación integral.



En este sentido, el Auto de 28 de marzo de 2012 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, afirma:

Los derechos de las víctimas de violaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario gozan hoy de amplio reconocimiento y de práctico universal consenso, del que son expresión algunos textos producidos en el ámbito de Naciones Unidas que a continuación se citan , y que tienen particular relieve en cuanto exponentes del momento del Derecho internacional en la materia (...) Y, sobre todo, la Resolución de 2006, aprobada por la Asamblea General de la ONU, relativa a principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. En esta se proclama, como derecho de los afectados por tal clase de acciones criminales, entre otros, el de acceso a una reparación adecuada, que comprenda "la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad", así como "la búsqueda de (...) los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos, si fuera necesario, y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad". También el poder contar con "una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella", y que "esos derechos, según los mismos textos, tienen como contrapartida, el deber de los estados de procurar de manera efectiva su satisfacción".

Por tanto, el Tribunal Supremo viene a asumir respecto de las víctimas de la guerra y de la dictadura la normativa internacional que reconoce el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos a una reparación que



incluya la búsqueda e identificación de los cadáveres, así como la entrega a sus familiares para su inhumación conforme a su deseo.

El Tribunal Supremo indica que el ordenamiento legal vigente arbitra otros recursos, diferentes a la vía judicial penal cuando la misma se encuentre cerrada por inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible, a través de los que canalizar las acciones oportunas a las que las víctimas podrían acogerse para identificar y dar sepultura digna a los restos de sus familiares, como los cauces establecidos en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, las declaraciones de ausencia y fallecimiento y las informaciones para perpetua memoria en la jurisdicción civil.

En todo caso, la investigación de hechos constitutivos de delito y, en su caso, el correspondiente ejercicio de la acción penal es función del Ministerio Fiscal, que está sujeta al pleno respeto del principio de legalidad (art. 124 CE y art. 6 EOMF), por el que el Ministerio Fiscal actúa con sujeción a la Constitución, a la ley y al resto del ordenamiento jurídico.

No agota aquí su función el propio Ministerio Fiscal, sino que dentro del ámbito de la investigación penal para garantizar el acceso de la víctimas a la justicia, pueden explorarse otras vías como la de la justicia restaurativa en el contexto del procedimiento penal a la que se hace referencia en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompaña al texto del Anteproyecto al decir que «es objeto de este Anteproyecto de Ley la dimensión restaurativa de la Justicia para amparar, reconocer y reparar a las víctimas con el objetivo de que su testimonio, recuerdo y reflejo de la realidad de los hechos sirvan en sí mismos como garantías de no repetición».

Merece la pena explorar esta vía, pues la posibilidad de acudir a la justicia restaurativa ha sido incluida en el texto del Anteproyecto de la Ley Orgánica de



Enjuiciamiento Criminal remitido también para informe al Consejo Fiscal, en el que se introducen mecanismos alternativos al ejercicio incondicionado de la acción penal, entre ellos la justicia restaurativa como un complemento efectivo del ejercicio del principio de oportunidad, en la línea de la Recomendación CM/ReGrc (2018) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, señalando en su Exposición de Motivos que la justicia restaurativa «ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima».

Podemos, por tanto, interpretar que el propósito del legislador al objeto de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas se orienta a la utilización de mecanismos de justicia restaurativa en que tenga intervención el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones constitucionales y estatutarias de defensor de la legalidad y los derechos humanos, aunque bien pudiera referirse a ello el texto de una manera más explícita.

En todo caso, ello no debe ser óbice para, en su caso, a través de la correspondiente instrucción, se concrete esta orientación hacia una justicia restaurativa, a través de la intervención de la unidad especializada en Memoria Democrática y Derechos Humanos en las investigaciones a que se refiere el primer apartado del art. 30, que se hará «en defensa de la legalidad y los derechos humanos». Tal puntualización es acorde con los principios básicos de actuación del Ministerio Fiscal que actúa siempre con sujeción al principio de legalidad.

Corresponde al Ministerio Fiscal por mandato constitucional la promoción de la justicia en defensa de la legalidad orientada al interés social, de modo que el Ministerio Fiscal se erige, además, en defensor de la legalidad procurando ante



los tribunales la satisfacción del interés social, en este caso, orientando su actuación a la defensa de los derechos humanos.

El apartado segundo del art. 30 del Anteproyecto recoge otra vía para garantizar la tutela judicial efectiva de las víctimas a través de «procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados relacionados con las víctimas a que se refiere el apartado 3».

A tal fin, modifica el prelegislador la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en la Disposición final segunda, reintroduciendo la figura del expediente de información para la perpetua memoria que formó parte de nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hasta la reforma de la jurisdicción voluntaria en 2015 «como una vía que permite la obtención de una declaración sobre los hechos sucedidos y posibilita la identificación y exhumación de víctimas de la guerra y la dictadura y, a través de ella, la digna sepultura de las víctimas», según afirma la Exposición de Motivos.

En la jurisdicción voluntaria no hay pretensión frente a una persona concreta, pero sí hay una especial tutela conferida por el ordenamiento jurídico mediante la que se otorga tutela jurisdiccional tanto a derechos subjetivos como a situaciones o intereses individuales, especialmente en los supuestos en los que la intervención judicial tiene carácter constitutivo o preceptivo.

Merece, pues, un juicio favorable la reintroducción del procedimiento de jurisdicción voluntaria del expediente de información para la perpetua memoria como vía para garantizar la tutela judicial efectiva de las víctimas comprendidas en el ámbito de actuación de la ley, pues si bien el Tribunal Supremo —como se ha dicho antes— en su Auto de 28 de marzo de 2012 indicó expresamente



la posibilidad de utilización del expediente como uno de los recursos a través de los que canalizar las acciones oportunas a las que las víctimas podrían acogerse para identificar y dar sepultura digna a los restos de sus familiares, fue eliminado del ordenamiento jurídico en la reforma de la Ley de jurisdicción voluntaria en el año 2015.

En el ámbito de la jurisdicción civil, se ha autorizado la exhumación de cadáveres en el Valle de los Caídos en el expediente de jurisdicción voluntaria de aprobación y protocolización de información ad perpetuam memoriam, basándose en el derecho a recibir sepultura digna, mediante Auto nº 112/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Lorenzo de El Escorial, de fecha 30 de marzo de 2016, que argumentaba que «emana de la propia Constitución el derecho de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, destacando entre ellos, el derecho a la digna sepultura de toda persona», y que, por tanto, «el derecho a la entrega de los restos deviene del derecho a digna sepultura», de modo que «una vez que se reconoce el derecho a la aprobación y protocolización de la información ad perpetuam memoriam, se genera de forma automática el derecho a poder disponer de los restos de la persona afectada para la digna sepultura de ésta, en el caso de que de la propia información aprobada se extraiga que no ha sido posible dar dicha digna sepultura por la forma en la que se produjeron los hechos que son objeto de aprobación».

En definitiva, la aprobación y protocolización de las informaciones de perpetua memoria cumple su objetivo si no se limita al procedimiento de publicidad en que consiste la información ad perpetuam memoriam, sino que permite la recuperación de los restos, su identificación, su entrega por parte del órgano competente a los familiares y la inscripción de su defunción en el Registro Civil.



La regulación del procedimiento para la obtención de una declaración sobre la realidad y las circunstancia de hechos pasados determinados mediante la introducción de un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria, que prevé que la resolución contemple en su parte dispositiva la declaración sobre hechos pasados determinados interesada por el promotor del expediente y sus circunstancia y se pronuncie, en su caso, sobre las consecuencias que legalmente deriven de esa declaración, abre una vía en la línea de la resolución antes apuntada para permitir la recuperación de los restos, su identificación y entrega a los familiares, así como la inscripción de la defunción en el Registro civil.

Se considera asimismo positiva la previsión en el apartado tercero del art. 30 del Anteproyecto sobre la obligación del Ministerio Fiscal de promover las inscripciones en el Registro Civil de las defunciones de las personas desaparecidas.

La posibilidad de acudir a la vía de inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura, incorporada en la Disposición Adicional octava de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, para garantizar la reparación de las víctimas, se señalaba en el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 28 de marzo de 2012 a que antes se ha hecho referencia.

Con el mismo objetivo expuesto en relación a los procedimientos para la perpetua memoria, los procedimientos de declaración de fallecimiento podrían permitir la realización de actividades de exhumación e identificación de restos para ser, por un lado, realmente eficaces en cuanto a su fin y, por otro, garantes del derecho a la reparación que asiste a los familiares de las víctimas.

5.4 En relación con el régimen sancionador (Título IV)

El Título IV del Anteproyecto, sobre el régimen sancionador, aborda en su art. 60 el régimen jurídico, en el art. 61 la determinación de los sujetos responsables de la infracción, en el art. 62 prevé tres categorías de infracciones distinguiendo entre muy graves, graves y leves, y en el art. 63 determina las correlativas sanciones y medidas de restablecimiento de la legalidad. En el art. 64 se regula el procedimiento sancionador, en el art. 65 la competencia sancionadora y por último en el art. 66 la prescripción de infracciones y sanciones.

En este punto, por su vinculación con el ejercicio de derechos fundamentales, se hace la siguiente observación en relación con la infracción tipificada como muy grave en el art. 62:

- d) La falta de adopción de las medidas necesarias para impedir oponer fin a la realización en espacios abiertos al público, de actos de exaltación de la Guerra o de la Dictadura cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos.
- e) Las convocatorias de actos, campañas de divulgación o publicidad que por cualquier medio de comunicación pública, en forma escrita o verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes sean contrarios a la normativa sobre memoria democrática, inciten a la exaltación de la Guerra o de la Dictadura, cuando entrañe descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares.

Como se puede ver, producir el «descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o sus familiares» a través de las conductas descritas constituye el elemento central de esas infracciones o «actos contrarios».



Debe ponerse en relación este precepto con el art. 39.1 del Anteproyecto, inserto en la Sección 1ª (Símbolos, elementos y actos contrarios a la memoria democrática) del Capítulo IV (Del Deber de memoria democrática) del Título II (Políticas Integrales de Memoria Democrática), que contempla lo que el Anteproyecto denomina «actos contrarios a la memoria democrática» de la siguiente forma:

1. Se consideran actos contrarios a la memoria democrática la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial.

A tal efecto, si en la celebración de un acto público de esta naturaleza se advirtieran hechos que pudieran ser constitutivos de delito, se pondrán los mismos en conocimiento del ministerio fiscal, en los términos del art. 45.2 de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

El tipo penal contemplado en el art. 510.2 CP engloba dos conductas que tienen también como eje central la «humillación, menosprecio o descrédito». En el primer inciso el delito se configura como de resultado y en el segundo de peligro abstracto.

El núcleo de las concretas conductas típicas que se contemplan en el Anteproyecto por un lado —la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización del acto por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrolle y la convocatoria de actos o campañas de divulgación o publicidad por cualquier medio de comunicación contrarias la normativa sobre memoria democrática— y, por otro, los concretos



motivos y grupos que recoge el tipo penal —particularmente la del primer inciso del art. 510.2.a) CP—, permiten la diferenciación entre ambas infracciones administrativa y penal.

No obstante, podría plantearse la existencia de algún supuesto con cabida en las infracciones administrativas del Anteproyecto que, además, también tuviera encaje en el art. 510.2 CP. En tal caso, será la mayor gravedad de la conducta y la entidad de la afectación del bien jurídico protegido lo que dará prevalencia a la respuesta penal.

Debe ponerse de manifiesto que en la descripción típica de la infracción contemplada en el art. 62 no coincide el objeto de la conducta tipificada —en un caso la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a su realización, en otro la convocatoria y la realización de campañas de divulgación o publicidad— con la delimitación conceptual de acto público contrario a la memoria democrática que se contiene en el art. 39, de modo que no aparecen contemplados en el supuesto de hecho de la infracción los actos que supongan exaltación de la sublevación militar, de los dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron el régimen dictatorial.

5.5 Disposición final primera. Modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

La Disposición final primera del Anteproyecto modifica el apartado tercero del art. 20 EOMF, le da una nueva redacción y renumera el anterior apartado Tres del art. 20 que pasa a ser el Cuarto manteniendo la redacción actual del apartado tres.



El nuevo apartado Tercero del art. 20 prevé la creación en la Fiscalía General del Estado de «un Fiscal responsable de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de memoria democrática y derechos humanos, con la categoría de Fiscal de Sala» al que asigna una serie de funciones que se analizan a continuación.

La reforma del EOMF operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, dio un decisivo impulso a la especialización en su doble vertiente orgánica y funcional como uno de los principios rectores de la actuación y la organización del Ministerio Fiscal. Tal principio, compaginado con el de unidad de actuación, ha dado lugar a lo que se ha denominado como «unidad de actuación especializada del Ministerio Público».

El objetivo de especialización de los y las fiscales ha constituido una constante en las reformas legislativas y en las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado en los últimos años. En este contexto, es imprescindible el establecimiento de mecanismos de coordinación para preservar el principio de unidad de actuación.

Desde un punto de vista orgánico y con base en el art. 20 EOMF, una las principales derivaciones de la implementación de dicho principio ha sido la creación de las unidades especializadas de la Fiscalía General del Estado dirigidas, cada una ellas, por un Fiscal de Sala Coordinador, que se orientan a triple finalidad: contribuir a hacer realidad el principio de unidad de actuación, profundizar en la especialización del Ministerio Fiscal y reforzar, desde la Fiscalía General del Estado, el trabajo que se desarrolla en las fiscalías territoriales.

La creación de una unidad especializada en materia de memoria democrática y derechos humanos merece una valoración positiva desde el punto de vista de



su oportunidad y necesidad para lograr ese triple objetivo: la persecución de una manera más eficaz de las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario constitutivas de delito justifica, ratione materiae, la especialización con el objetivo de dar una respuesta cualificada en la investigación y, en su caso, enjuiciamiento de esta actividad criminal, con pleno respeto al principio de legalidad; en segundo lugar, las previsiones contenidas en el Anteproyecto van a demandar la actuación del Ministerio Fiscal en distintas jurisdicciones y procedimientos al objeto de lograr la debida tutela judicial de las víctimas, de modo que las exigencias derivadas del principio de unidad especializada de actuación en este ámbito justifica su impulso desde una unidad especializada; y por último, el desarrollo de actuaciones en las distintas fiscalías y unidades, exigen su refuerzo y apoyo técnico por una unidad especializada en orden a conseguir una respuesta más eficiente y satisfactoria para la víctimas, habida cuenta que la necesidad de ofrecer una respuesta institucional que ampare el derecho de las víctimas a que se refiere el art. 3 del Anteproyecto a la verdad y a la justicia, es una cuestión ligada a la función tuitiva que el Ministerio Fiscal tiene encomendada por mandato constitucional en el art. 124 CE.

La especial relevancia atribuida al cargo, su vinculación directa al Fiscal General del Estado y la inaplazable necesidad de proporcionar una respuesta eficaz a las graves conductas que integran las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario amparan la exigencia legal de la creación de una plaza de Fiscal de Sala específica y que el Fiscal designado pertenezca a la primera categoría de la carrera fiscal.

Entrando en el análisis de la modificación propuesta, cabe señalar que la numeración del apartado tercero y cuarto del art. 20 EOMF no concuerda con



la numeración del precepto *tres* y *cuatro* en la redacción vigente del precepto, de modo que debe acomodarse a esta numeración.

En cuanto a la creación de un nuevo Fiscal de Sala Coordinador entre los específicamente recogidos en el art. 20 EOMF, que se ubica orgánicamente en la Fiscalía General del Estado bajo la dependencia directa del Fiscal General del Estado, el precepto comienza afirmando la existencia en la Fiscalía General del Estado de un Fiscal «responsable de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal», recogiendo así en el diseño orgánico lo que son competencias del Fiscal de Sala Coordinador y que deben ser reflejadas, por consiguiente, en los apartados correspondientes a sus funciones, por lo que se propone la siguiente redacción:

Tres. En la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal en materia de memoria democrática y derechos humanos con la categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá las siguientes funciones: (...)

En cuanto al análisis de las funciones que la reforma del EOMF atribuye al Fiscal de Sala en materia de memoria democrática y derechos humanos, cabe señalar lo siguiente:

1º.) En relación a la letra a), junto a la función de coordinación de la acción del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos y actuaciones a que se refiere la ley, cabría añadir la función de supervisión que se conecta con la necesidad de consolidar un sistema de control y seguimiento individualizado de los asuntos especialmente relevantes que se tramiten en la especialidad. Atribución de la función de coordinación y supervisión de la acción del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos y actuaciones a que se refiere la ley que se valora positivamente atendiendo al principal objetivo de su creación, vinculado a velar y procurar la tutela judicial efectiva de las víctimas de la guerra y de la

dictadura, como garantes de los derechos fundamentales y libertades públicas, junto con la defensa de la legalidad, el interés público tutelado por la ley y el interés social. Asimismo, obedece a la necesidad de unificar los criterios de actuación del Ministerio Fiscal en todo el territorio nacional y procurar una interpretación unitaria del ordenamiento jurídico que contribuye a garantizar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley.

No obstante, se observa que la mención que se hace de la coordinación de los expedientes regulados en el Título IV bis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, es errónea por lo que se propone su corrección, o mejor, su supresión, atendiendo a que la coordinación de la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la jurisdicción civil en los expedientes de jurisdicción voluntaria recogidos en el art. 30 del Anteproyecto ya está comprendida con carácter general en la función de coordinación de todos los procedimientos y actuaciones a que se refiere la ley.

Se propone pues, la siguiente redacción:

- a) Supervisar y coordinar la acción del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos y actuaciones a que se refiere la Ley xx/xxx, de xx de xxxx de memoria Democrática, dando conocimiento al Fiscal Jefe de las fiscalías correspondientes.
- 2º.) En cuanto al apartado b), «[r]epresentar a la persona titular de la Fiscalía General del Estado en todos los actos de reconocimiento a nuestra memoria democrática», cabe objetar que la representación institucional del Ministerio Fiscal en todo el territorio español la ostenta el Fiscal General del Estado conforme al art. 22.2 EOMF sin perjuicio de la posibilidad de su delegación, de modo que se propone que se añada a la redacción el inciso la siguiente expresión: «por delegación de aquella».



3º.) El apartado c) recoge la atribución de distintas funciones que necesitan ser matizadas:

El Fiscal de Sala Coordinador en materia de memoria democrática y derechos humanos debe ostentar facultades esencialmente de supervisión y coordinación, aunque también tenga atribuidas ciertas facultades operativas para intervenir directamente o a través de instrucciones impartidas a las y los fiscales integrados en otros órganos del Ministerio Fiscal, en los procedimientos seguidos ante los órganos judiciales en materia de memoria democrática y de graves violaciones de derechos humanos.

Si bien se engloban en el mismo apartado, hay que distinguir entre la práctica de las diligencias a que se refiere el art. 5 EOMF, del ejercicio de la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o a través de instrucciones exigiendo las responsabilidades que procedan, ambas funciones referidas a hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, siempre que pudieran ser constitutivas de delito.

La redacción propuesta en la letra c) del Anteproyecto en cuanto a la atribución de la práctica de las diligencias a que se refiere el art. 5 EOMF debe matizarse en el sentido de que no se atribuya al Fiscal de Sala la competencia con carácter general para investigar mediante la incoación y tramitación de diligencias de investigación todos los supuestos de hechos delictivos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, sino solo respecto de aquellos supuestos de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, de forma análoga a las competencias recogidas en el art. 20 EOMF para los Fiscales de Sala Coordinadores de Violencia sobre la Mujer y de Medio Ambiente, cuya legitimación para la práctica de diligencias de investigación y para actuar de



forma directa en procesos penales deviene de su atribución por el Fiscal General del Estado en casos de especial trascendencia.

Se propone, pues, la siguiente redacción:

c) Practicar las diligencias a que se refiere el art. cinco del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal e intervenir en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por la persona titular de la Fiscalía General del Estado y ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o través de instrucciones, exigiendo las responsabilidades que procedan, cuando se refieran a hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del derecho Internacional Humanitario. Así como facilitar o coordinar los instrumentos de cooperación internacional para la reparación de las víctimas.

En cuanto a su objeto, cabe señalar que determinadas violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario constituyen delitos en virtud del Derecho penal internacional sometido a la legislación penal internacional y son asimismo constitutivos de delitos tipificados en el ordenamiento interno, fundamentalmente, los constitutivos de delito de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, recogidos en el Título XXIV del Código Penal, pero también los delitos de torturas, desaparición forzada de personas, detención ilegal en determinados supuestos, trata de seres humanos, matrimonios forzados del art. 172 bis —introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo, para cumplir los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos o la mutilación genital femenina (no tipificado expresamente



en nuestro Derecho interno pero sí subsumible en el tipo de mutilación genital del art. 149.2 CP)—.

Las funciones así enunciadas atribuidas al Fiscal de Sala en materia democrática y derechos humanos habrán de ser delimitadas a través de las Instrucciones pertinentes, con otras unidades especializadas concurrentes como la unidad de Extranjería que es competente en materia de persecución del delito de trata de seres humanos, o la unidad de delitos de odio y contra la discriminación en cuanto a los delitos de su ámbito de actuación que supongan una violación grave del principio de igualdad y no discriminación. Así como con la Fiscalía ante la Audiencia Nacional habida cuenta que el ámbito objetivo de actuación de la unidad especializada en materia de memoria democrática y derechos humanos comprende delitos que son competencia de la Audiencia Nacional conforme al art. 65.1.e) en relación con el art. 23.4 LOPJ, cuando se trate de delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad o delitos contra las personas o bienes en caso de conflicto armado, delitos de tortura y delitos de desaparición forzada de personas cometidos fuera del territorio nacional cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles.

4°.) En cuanto a la función atribuida al Fiscal de Sala de memoria democrática y derechos humanos en la letra d) —representar a la Fiscalía General del Estado y relacionarse con el defensor del pueblo en los términos previstos en su normativa reguladora— supone una novedad que se evalúa favorablemente, si bien debe añadirse también en este apartado que la representación de la Fiscalía General del Estado la ostenta «por delegación de la persona titular de la Fiscalía General del Estado», pues la canalización de las relaciones institucionales a través de un Fiscal de la categoría primera, especialista en materia de derechos humanos y coordinador de la actuación de la Fiscalía en esa materia, sin duda agilizará los trámites en cuanto al traslado de quejas y



solicitud de informes realizado por el Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus competencias conforme a su ley reguladora en asuntos relacionados con la actuación de las Administración de Justicia que afecten a los derechos fundamentales, y la correlativa respuesta e información periódica por parte de la Fiscalía General del Estado.

5°.) La letra e) relativa a la función de «coordinar las fiscalías en materia de memoria democrática y derechos humanos unificando los criterios de actuación, para lo cual podrá proponer a la persona titular de la Fiscalía General la emisión de las correspondientes instrucciones» merece un juicio favorable pues responde a la adaptación estructural y orgánica a través del Fiscal de Sala Coordinador que agiliza los mecanismos de unidad de actuación siguiendo el principio de especialización.

La necesidad de unificar los criterios de actuación de las diferentes fiscalías dio lugar a la elaboración de la Circular de la FGE nº 2/2012, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, en relación con las denuncias formuladas por la sustracción y entrega a terceras personas de recién nacidos acaecidas en distintos hospitales por todo el territorio español durante el periodo de la dictadura y la transición, «optando por la exégesis que, respetando el espíritu de la ley, con mayor extensión permita investigar el más amplio número de casos, aún acaecidos en fechas remotas, teniendo especialmente presente la necesidad de dar la máxima protección posible a las víctimas».

6º.) La letra f) atribuye al Fiscal de Sala de memoria democrática y derechos humanos la función de «[c]oordinar la acción del Ministerio Fiscal en materia de interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial en aquello que pudiera afectar a los recursos de revisión de sentencias por esta



materia. Asimismo, será el cauce de relación y coordinación entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional».

Con tal redacción parece referirse el legislador a la actuación que corresponde al Ministerio Fiscal en cuanto al estudio y análisis de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afectan a España y que pudieran dar lugar, en su caso, a la presentación y tramitación de recursos de revisión de las sentencias afectadas, actuación que corresponde a la Fiscalía del Tribunal Supremo. El control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos corresponde a los Agentes del Reino de España ante dicho Tribunal que recaban información periódicamente a la Fiscalía General del Estado sobre lo actuado en España a raíz de las sentencias del Tribunal, de modo que atendiendo al criterio de especialización y eficacia se considera procedente centralizar en el Fiscal de Sala las relaciones institucionales con tales Agentes del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se considera procedente prever la coordinación del Fiscal de Sala de memoria democrática y derechos humanos con el resto de fiscalías de ámbito estatal y unidades especializadas de la Fiscalía General del Estado, especialmente con la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, como señala la letra f), pero también con la unidad especializada de delitos de odio y contra la discriminación y la unidad especializada de Extranjería, para procurar el mantenimiento de criterios comunes en la materia por parte del Ministerio Fiscal.

Se propone, por tanto, la siguiente redacción:

f) Representar a la Fiscalía General del Estado, por delegación de la persona titular de ésta, y relacionarse con los Agentes del Reino de



Presidenta

España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de interpretación de la jurisprudencia del Tribunal, en especial en aquello que pudiera afectar a los recursos de revisión de sentencias derivados de sus resoluciones. Asimismo, será el cauce de coordinación entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía del Tribunal Constitucional y las unidades especializadas en materia de memoria democrática y derechos humanos.

El último apartado, que debe ser correctamente reseñado mediante la letra *g*), recoge la función de «elaborar anualmente y presentar a la persona titular de la Fiscalía general del estado un informe sobre las actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de memoria democrática y derechos humanos, que será incorporado a la memoria anual presentada por la Fiscalía General del Estado», análoga a la prevista en el mismo precepto del EOMF para el Fiscal de Sala de Medio Ambiente y que es común a todas las unidades especializadas, que implica una dación de cuenta al Fiscal General del Estado sobre la actividad desarrollada por la unidad especializada y, a su vez, está dirigida al conocimiento externo de su actuación por medio de su incorporación a la Memoria de la Fiscalía General del Estado, lo que merece una valoración positiva.

5.6 Disposición final segunda. Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria

La Disposición final segunda modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, añadiendo un nuevo Capítulo XI en el Título II con la rúbrica «De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados», que consta de cuatro artículos y que viene a reintroducir el expediente de información para la perpetua memoria regulado en los arts. 2002 a 2006 de la Ley de Enjuiciamiento civil hasta su derogación por



la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, si bien actualiza su contenido en la línea de la modernización de la jurisdicción voluntaria que supuso su regulación en la Ley 15/2015 y adaptando la misma a los principios y normas generales contenidas en la ley.

El nuevo art. 80 bis establece el ámbito de aplicación del expediente que tiene por objeto «la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados, siempre que no exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso», pudiendo tratarse de «hechos de cualquier naturaleza, concretos, ya acaecidos, percibidos o no por el promotor del expediente», estableciendo en el apartado segundo los presupuestos para su aplicación.

En el expediente relativo a declaraciones judiciales sobre hechos pasados, como en el anterior expediente de información para la perpetua memoria, la ley no pone límites a los hechos objeto del declaración judicial pudiendo acudirse al expediente siempre que concurran los requisitos siguientes: a) que su objeto sea posible y lícito; b) que exista un principio de prueba sobre los hechos: c) que no resulte perjuicio para una persona cierta y determinada; d) que los hechos no sean objeto de un procedimiento judicial en trámite; y e) que no exista otro procedimiento distinto ordenado por la ley para su demostración.

El art. 80 ter regula la competencia, legitimación y postulación, estableciendo la competencia del Juzgado de Primera Instancia del lugar donde acaecieron los hechos a que se refiere la declaración judicial, y la atribución de legitimación activa a los titulares de derechos o intereses legítimos en relación a los hechos respecto de los que se interesa la información y al Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona. El apartado cuarto prevé que el Ministerio Fiscal será siempre parte en este expediente.



Presidenta

En el ámbito de las competencias extrapenales del Ministerio Fiscal como señalábamos antes, la Recomendación 11(2012) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal señala que las responsabilidades y facultades del Ministerio público fuera del sistema de justicia penal «deben ser establecidas por ley en todos los casos y claramente definidas a fin de evitar cualquier ambigüedad» y que el ejercicio de tales facultades y responsabilidades debe ser «acorde con los principios de legalidad, objetividad, transparencia e imparcialidad».

La atribución legal de la condición de parte al Ministerio Fiscal en el expediente deviene de su misión de defensa de la legalidad y del interés público, dado el carácter constitutivo personal del expediente, mereciendo una valoración positiva. En este sentido el art. 4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que «el Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente y en aquellos otros casos en que la ley expresamente lo declare». No se exige la actuación preceptiva con letrado ni con procurador, siguiendo la pauta general de los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que tiene intervención el Ministerio Fiscal.

El art. 80 quáter aborda la regulación de la tramitación y resolución del expediente basado en la celebración de una comparecencia que se sustanciará por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vista del juicio verbal, practicándose la prueba pertinente y útil que las partes propongan en el acto.

En cuanto a la resolución del expediente, la redacción mejora notablemente la contenida en el art. 2007 de la LEC 1881, previendo el párrafo segundo del apartado 5 que «[s]i accediere a la solicitud, el Juez realizará en la parte



dispositiva del auto la declaración sobre hechos pasados determinados interesada por el promotor, con expresión de sus circunstancias, y se pronunciará, en su caso, en relación con las consecuencias que legalmente deriven de la declaración. Si de la declaración se derivara la existencia de un hecho inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público, será aplicable lo dispuesto en el art. 22.2».

El apartado segundo del art. 22 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria distingue las resoluciones que dan lugar a hechos o actos inscribibles en el Registro Civil, en cuyo caso «se expedirá testimonio de la resolución que corresponda a los efectos de su inscripción o anotación», de las que son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, Mercantil o cualquier otro registro, en relación a las que «deberá expedirse, a instancia de parte, mandamiento a los efectos de su constancia registral».

En caso de que se formulara oposición a la emisión de la declaración judicial interesada, si el/la juez/a estima justificada la misma, acordará por auto el sobreseimiento del expediente con reserva a las partes de su derecho a ejercitar la acción correspondiente. Si no la estimara justificada ordenará por auto la continuación del expediente hasta su resolución.

Por último, el art. 80 quinquies establece el régimen de recursos y prevé la posibilidad de interponer recurso de reforma contra las resoluciones interlocutorias y recurso de apelación contra la resolución definitiva, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez dictado el auto haciendo la declaración de hechos pasados, se generan sus efectos jurídicos-procesales (recurso de apelación) y efectos jurídico-materiales, al desplegar todos sus efectos y producir las situaciones jurídicas que dimanen de la misma.



Presidenta

En este sentido, la exhumación, identificación de los restos y posterior entrega a sus familiares desaparecidas pueden ser consecuencias derivadas de la declaración acordadas en el auto en que se haga la declaración sobre hechos pasados determinados.

6. Conclusiones

- 1ª. Merece un juicio favorable el establecimiento de un marco legislativo estatal que permita la implementación de políticas públicas de rehabilitación de la memoria de las víctimas y de reparación de los daños causados, con el objetivo de fomentar la convivencia pacífica y el continuo desarrollo de nuestra democracia y superar las deficiencias existentes en las políticas de memoria democrática.
- 2ª. Se evalúa favorablemente la atribución a la Administración General del Estado de la búsqueda, localización, exhumación en su caso e identificación de las personas desaparecidas durante la guerra y la dictadura, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad, reforzando la colaboración entre administraciones y mediante la creación del Banco Estatal de ADN de las Víctimas de la Guerra y la Dictadura, recogiendo así las recomendaciones de los organismos internacionales.
- 3ª. Merece un juicio favorable la creación de un Fiscal de Sala coordinador al frente de una unidad especializada en materia de memoria democrática y derechos humanos para la investigación de las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, que comprende un área normativa extensa y de complejidad técnica como es el ordenamiento internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario lo que justifica el recurso de la especialización y obedece a la



Presidenta

necesidad de dar respuesta en el ámbito de la justicia tanto a un interés individual especialmente sensible como es el de las víctimas de la guerra y de la dictadura franquista, como a un interés colectivo de toda la sociedad en la preservación de la memoria democrática.

4ª. Se considera apropiada la actuación del Ministerio Fiscal de promoción de la búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, que aparece orientada a garantizar los derechos de las víctimas y sus familiares en las actuaciones de localización y exhumación, y al impulso de la identificación de las posibles víctimas, por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas (art. 10.1° CE) y al derecho a la integridad moral, competencias subsumibles en las funciones del Ministerio Fiscal de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertadas públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3.4° y 5° EOMF) y de velar por la protección procesal de las víctimas.

Madrid, a 30 de abril de 2021

LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO

PRESIDENTA DEL CONSEJO FISCAL

Fdo. Dolores Delgado García