

*tarias en su 98o período de sesiones (31 de octubre a 9 de noviembre de 2012).*  
A/HRC/WGEID/98/1

Wright, T. (2006). *State Terrorism in Latin America: Chile, Argentina and International Human Rights*. Rowman & Littlefield.

Zalaquett, J. (2011). The emergence of «Disappearances» as a Normative Issue. En C. B. Walling y S. Waltz (Eds.), *Human Rights: From Practice to Policy* (s.p.). University of Michigan.

## Desapariciones forzadas y sociales: una reflexión a partir del derecho a la verdad

JON-MIRENA LANDA<sup>1</sup>

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

### Introducción

El punto de partida de este trabajo enlaza directamente con la consideración de los «desbordamientos» (Gatti, Irazuzta y Sáez, 2020) del concepto de «desaparición forzada». Desbordamientos que se deben visualizar más allá de la estricta definición jurídica de la desaparición forzada que integra un primer núcleo de supuestos a los que se acaba por «atraer» e incorporar determinadas constelaciones de casos (los «desaparecidos sociales»<sup>2</sup>) que esencialmente comparten algunas características con el concepto originario. Se exploran así casos análogos a la desaparición forzada «originaria», más allá de lo que significa ésta a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho penal internacional y del derecho internacional humanitario.

Los desaparecidos sociales, en efecto, son personas y colectivos que «no existen» para el Derecho: no están registrados, no se cuenta con ellos, son marginales, se les rechaza, no se les quiere reconocer, se «les ha hecho desaparecer». No son el resultado de una actuación represiva clásica —activa e individualizada— por razones «de Estado» o de contrainsurgencia política. Son más bien el resultado de un no-actuar del Estado, que no cuenta con determinados colectivos o personas, que no ingresan al estatus de ciudadanía. Son «borrados», ignorados, antes de ingresar en el censo oficial. Pero no es una omisión casual ni esporá-

<sup>1</sup> Director Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Poderes Públicos. Catedrático —acreditado— de Derecho Penal. <http://www.katedraddhh.eus>; <http://www.jmlanda.com>.

<sup>2</sup> Así, siguiendo a Gatti, Irazuzta y Sáez (2020): por ejemplo: «los indígenas no contactados en Brasil, quienes pasan por las casas de migrantes en México, los ciudadanos borrados en República Dominicana, o los sujetos sin registro, también en México» (p. 1 y ss.).

dica, sino estructural: fruto de una planificación del estatus de ciudadanía que defiende sus fronteras. Simplificando podríamos resumir que todas las desapariciones, jurídica o social, comparten un resultado de privación radical de derechos en la víctima concreta, pero difiere en el mecanismo concreto de victimización que el Estado utiliza. El patrón para hacer desaparecer es diferente, pero en todo caso existen unos desaparecidos, privados de su estatus de persona-ciudadano y de la tutela estatal.

Al hilo de esa expansión de la categoría, se pretende reflexionar sobre la plausibilidad de dicha nueva conceptualización: ¿puede resultar útil u operativa también en términos jurídicos esa categoría expandida del desaparecido social? Para ello, en esta contribución, se va a explorar una posibilidad de «cobertura», o de políticas de acompañamiento a dichos desaparecidos que quizás puede ayudar a visibilizar lo invisible. Y a ese fin, se va a recurrir a otro «desbordamiento» de la desaparición forzada; en este caso aquel que se produce por la extensión del derecho a la verdad más allá de los supuestos de desaparición forzada. Históricamente, la desaparición se conecta, de forma más acusada que en otros supuestos delictivos, con el derecho a la verdad. Este último derecho, como tal, no está plenamente reconocido ni consolidado en el derecho internacional de los derechos humanos ni tampoco en el ámbito doméstico: es un derecho *in statu nascendi*. Pero su nacimiento y progresiva relevancia se conecta con la desaparición forzada ya que cuando ésta acontece lo primero y fundamental, lo urgente, es tener noticia del desaparecido: conocer su suerte, su paradero, tanto si está vivo como si está muerto. La pretensión de justicia frente al desaparecido se remite antes de nada a recuperarlo, a «aparecerlo», a saber cómo y por qué desapareció, a que cese ese estatus de injusticia. Es primordial saber, conocer la verdad, para que cese ese daño añadido de la incertidumbre, de no saber qué ha sido de la persona desaparecida.

Ese «derecho a la verdad» se coloca, por tanto, en primer plano y se revela como parte esencial del derecho a la justicia no sólo en su dimensión más individual para los familiares y allegados. Cuando las desapariciones tienen una «coloración política» ese derecho a la verdad cobra una mayor y más intensa dimensión colectiva ya que es la sociedad toda la que tiene el derecho a conocer los patrones de desaparición, el *modus operandi* criminal del Estado, las razones (de Estado o políticas) por las que se llevó a cabo. Y ello para poder diagnosticar adecuadamente la «patología» de la convivencia, el abuso de poder, y ponerle remedio con garantías de no repetición para el futuro. La dimensión colectiva del derecho a la verdad es una exigencia por conocer los mecanismos estatales de victimización y abuso para poder neutralizarlos y poner las bases que eviten su repetición en el futuro.

Desaparición forzada y derecho a la verdad, por tanto, van de la mano. Históricamente, sin duda. Pero, además, la conceptualización jurídica de la primera ha servido para ayudar a visualizar la importancia y necesidad del segundo. El derecho a la verdad nace, por tanto, muy apegado a la desaparición forzada, pero de forma progresiva gana en autonomía, «desborda» su matriz originaria, y va cristalizando en el derecho internacional como algo inherente a toda violación grave de los derechos humanos y más aún en la medida en que estas violaciones se cometan de forma masiva, generalizada y sistemática. Toda violación de derechos humanos reclama así un derecho a la verdad dentro y al lado de los principios de justicia, reparación y garantías de no repetición. La desaparición, en síntesis, da a luz a un derecho a la verdad mayor, universal, que se expande y «desborda» como parámetro de justicia.

Y a este punto queríamos llegar. Pues es a partir de esa relación entre derecho a la verdad y desaparición forzada que se podría también reflexionar hasta qué punto en el caso de la desaparición social no cabe apelar a una suerte de derecho a la verdad, particularmente en su dimensión colectiva, como palanca de justicia. ¿No deberíamos predicar el derecho a la verdad como instrumento de visibilización de lo invisible? Este puede ser el objetivo final al que tiende esta breve contribución.

Para ello, la hipótesis sucinta y asertivamente expuesta se pretenderá argumentar a través de la siguiente estructura. En primer lugar (apartado 1), se presentará e intentará delimitar esa relación entre desaparición forzada y derecho a la verdad con base en ciertas consideraciones conceptuales de tipo introductorio. En segundo lugar, se profundizará en la manera en que el derecho a la verdad va cristalizando en el ámbito internacional y cómo cabe trasladar dicho estándar al ámbito doméstico (apartado 2). Desde esta óptica daremos noticia de las últimas evoluciones al respecto en el ordenamiento español y que tienen relación especialmente con la revisión retrospectiva de la violencia política en el País Vasco (que incluye también a personas todavía hoy desaparecidas) al hilo de la cual se está produciendo un cierto ejercicio del derecho «colectivo» a la verdad. Quedará así apuntada una posibilidad novedosa de materialización del derecho a la verdad en casos de macro-violencia que dará paso al debate de si puede y es adecuado imaginarse este mismo patrón —y aprovecharse un canal jurídico similar— en los casos de desapariciones forzadas «análogas» a las «clásicas»: las desapariciones sociales.

Por último, ya al margen del derecho a la verdad, se cerrará este estudio con un *excursus*, a modo de reflexión final, que sugiere la posibilidad de que la categoría de «desaparecido social» pueda ser usada en todo caso como instrumento para identificar una situación fáctica que, por su injusticia, pueda dar lugar a atenuar la intervención penal. Atenuación,

reducción o incluso supresión del castigo penal contra dichos desaparecidos sociales cuando el Estado les imputa conductas delictivas. Atenuación punitiva en la medida en que se hagan valer pre-condiciones políticas como exigencias de legitimidad en la instancia de imputación (el Estado y su administración de justicia) para el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. Condiciones políticas de legitimidad que cuando estén ausentes deben modular la teoría de la pena y del delito reduciendo —incluso haciendo desaparecer— el castigo. Y es que, si el Estado tiene una serie de obligaciones positivas de atención hacia los marginados y las desatiende, se puede fundamentar que el titular del *ius puniendi* carece de autoridad en esos casos para su pleno ejercicio por los déficits de atención para con aquellos a quienes pretende castigar. La omisión y desatención contraria a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos provocan una situación de desigualdad y privación de derechos de la que se hace responsable al Estado con la consecuencia de declararle co-responsable también de los ulteriores cursos delictivos individuales. En esa medida, la pena debería decaer, al menos en parte, por ilegítima (Cigüela, 2019).

#### Acotaciones previas

##### *Verdad*

El derecho a la verdad parece un concepto excesivo, inabarcable, por su objeto: ¿qué es la verdad? (Gadamer, 2015: 51 ss.) ¿verdad individual o colectiva? ¿verdad social u oficial? ¿verdad estática o dinámica? ¿verdad sobre qué objeto exactamente? ¿verdad para qué y para quién? Y si se trata de una «derecho»: ¿cuál es su estatus jurídico y su objeto preciso?

Aquí partimos de una premisa ampliamente compartida: la «verdad» en el campo de las ciencias sociales y jurídicas (ciencias espirituales) encuentra diversas instancias de referencia entre las que, respecto de la violencia política, podríamos seleccionar la historia y el derecho, por ejemplo, como dos campos especialmente activos y proclives a asentar su perspectiva con vocación hegemónica. Constituyen dos metodologías científicas diferentes que pueden contribuir a generar «verdades» complementarias, perspectivas diferenciadas de verdad, pero siempre incompletas en sí mismas o no exhaustivas respecto de una hipotética verdad «absoluta y completa» si es que esta última puede llegar a existir más allá de ser un puro ideal (Ferrajoli, 2018: 45 ss.). Historia y Derecho tienden así a «competir» en el campo de la violencia política cuando se trata de establecer de forma autoritativa un «relato», una narrativa, que asiente un punto de referencia

sobre los legados de violaciones de derechos humanos que se han podido producir<sup>3</sup>.

En todo caso, no parece sencillo y quizás ni siquiera deseable, que nos pongamos de acuerdo sobre si es posible «la verdad» ni en qué consiste. Por tanto, debe quedar sentado como premisa, que en este estudio la especulación jurídica sobre el derecho a la verdad, su contenido, pretensión de obligatoriedad y eventuales resultados sociales, no dejarán de ser concebidos más que como una instancia parcial de producción de verdad que no tiene el monopolio sobre la misma; que no cierra el campo de operatividad social para que se construyan verdades alternativas o complementarias; aunque sin duda la instancia jurídica tiene una gran fuerza simbólica en la proyección «oficial» de su verdad que no debería despreciarse.

#### *Derecho a la verdad y violencia política: dimensión colectiva e individual*

Pero más allá del debate filosófico podría intentarse un primer acotamiento que se centre en el derecho por parte de las víctimas y del conjunto de una sociedad democrática a conocer la existencia y medida de las violaciones —más graves— de derechos humanos que se han cometido en su historia reciente. Se trataría de la aspiración a una verdad «jurídica»: esto es, una pretensión particular de verdad —parcial— (la verdad jurídica o forense es sólo una versión de «la» verdad) y que podría explorarse por qué vías ha de materializarse (vía jurídico-penal, vía administrativa...). Y ello se puede además proyectar particularmente sobre la

<sup>3</sup> A este respecto interesarían las tesis de Ricoeur sobre las diferencias e interferencias entre historiografía y derecho, en particular respecto del rol de la actividad probatoria y la función de las sentencias de los tribunales internacionales (Ricoeur, 2010: 418 y ss.); también en esa misma línea se pueden reivindicar las consideraciones de Ferrajoli (2018: 45 y ss.), sobre la verdad procesal y sus peculiaridades y limitaciones (por ejemplo, el mayor estándar de verdad que aporta la sentencia judicial penal sometida al principio de contradicción —sistema adversarial no inquisitivo— y el estándar probatorio más allá de la duda razonable antes que el mero de estándar de probabilidades de índole civil); y la conocida crítica de Foucault (2011: 63 y ss.), contra las formas jurídicas como saber-poder. En todo caso coincidimos con Hernández-Pacheco (1996: 273-282), cuando remarca que el trabajo de Ricoeur como una visión de la filosofía hermenéutica en la que se «sospecha» de la conciencia: no sólo la cosa en sí es inaccesible (Kant) sino que también la conciencia, el sujeto, deja de ser una instancia segura de acceso al conocimiento. Se hace así valer la filosofía de la sospecha sobre la capacidad de la conciencia para acceder a la verdad; más bien: la verdad debe «interpretarse» dotarse de sentido más allá de las limitaciones y distorsiones de la conciencia individual. Y ello enlaza fluidamente con las consideraciones de Gadamer (2017: *passim*), y su círculo hermenéutico (Gadamer, 2015: 63 y ss.) que remiten al «mundo de la vida» y a la tradición histórica en que se inscribe cada memoria individual como un punto de partida para la interpretación jurídica. Esa «perspectiva» de verdad también está imbuida de visiones y herencias históricas al margen de los «profesionales» de la historia.

violencia política —y no sobre otros ámbitos delictivos— porque históricamente ha revelado su enorme potencial de afección colectiva (daño social *v.* daño individual).

En efecto, la presencia de **violencia política** atraviesa el **cuerpo social** y **lo daña** en una medida en que dificulta de forma específica su articulación conforme a bases democráticas de convivencia. La violencia política rompe y divide las sociedades y dificulta, si no imposibilita, nuevos consensos que arraiguen en el humus de los derechos humanos como conjunto de reglas para articular la convivencia. Plantear y exigir el respeto a los derechos humanos más básicos como eje de articulación del entramado institucional parece necesitar el refuerzo de que ello se pueda hacer como contrapunto, y punto y aparte, respecto de aquellos supuestos en que no se produjo tal respeto. La historia de la violencia política ilegítima en una sociedad dada, su historia reciente particularmente, es un programa contra-fáctico —esto es: que niega de hecho— la vigencia de los derechos humanos. Esa violencia es, cuando menos, el espejo de una praxis social inasumible en el contexto democrático y revela conductas que deben señalarse para evitar su arraigo, repetición y cancelar su eventual repetición. Una afirmación eficaz de la cultura de los derechos humanos como valores centrales del contrato social y de la convivencia pasa por reconocer qué se hizo mal y ponerlo en vías de «sanación», de reparación, para así, mediante un ejercicio, aunque sea limitado de justicia, legitimar el nuevo orden o renovar y profundizar su legitimidad.

Además de lo anterior, pero estrechamente ligado a ello, la violencia política grave afecta a **personas individuales**, sean desaparecidos, sea por su relación directa con la persona que ha perdido la vida, sean supervivientes que reflejan en su integridad física, psíquica, moral y/o sexual los embates de las violaciones y su daño injusto. Pero más allá de los círculos de afección individual, aunque las víctimas de tales violaciones ya saben qué ha ocurrido —al menos en parte— y los victimarios también, la sociedad y el espacio público no habrán accedido a esa realidad. Ello genera una pretensión legítima de que esa parte de verdad sea conocida, reconocida, reparada, objeto de justicia (esto es, en sentido estricto, con establecimiento también de responsabilidad individual a los autores) y de adopción, por último, de medidas estructurales que eviten a futuro su eventual repetición.

El derecho a la verdad así planteado se proyecta como objeto no sobre cualquier violación de derechos humanos, sino sobre todo y en primer lugar sólo sobre las más graves y su destinatario son los sujetos individuales como agentes pasivos de la conducta violenta y la sociedad en su conjunto. Dichos derechos deben encontrar en el Estado el sujeto institucional que, como deber, articule las respuestas de satisfacción de dichas pretensiones de verdad individual y colectiva.

En síntesis: cabe esbozar una dimensión individual y otra colectiva del derecho a la verdad. La primera más ligada y confundida con el derecho a la justicia, a la tutela judicial efectiva. La segunda, más novedosa, que históricamente se ha ido generando ligada al derecho internacional humanitario y las desapariciones forzadas y que de forma progresiva está expandiendo su estatus jurídico al objeto general de las violaciones graves de los derechos humanos. Detengámonos a continuación, brevemente, en ello.

### **Derecho internacional de los Derechos Humanos: un emergente derecho a la verdad y su transposición al ámbito doméstico**

#### *Derecho internacional*

De acuerdo con el estado actual de desarrollo del derecho internacional parece innegable que el derecho a la verdad es una norma emergente que presenta mayor o menor madurez y nivel de consolidación (¿en proceso de cristalización hacia una norma consuetudinaria de derecho internacional? (Rodríguez, 2017: 512 y 513)) según se atienda a su dimensión individual (más ligada al derecho de la víctima a saber qué ocurrió, quien fue el perpetrador, en el caso de la desaparición forzada: donde está el desaparecido... y ello articulado como una forma específica del derecho a la tutela judicial efectiva) o colectiva (verdad no sólo individual sino también extrajudicial sobre cómo se produjeron las violaciones de derechos humanos; implicación del Estado; derecho al acceso a los archivos; protección de testigos de las masacres; comisiones de la verdad o en su versión menos fuerte obligación de publicitar y difundir las sentencias sobre violaciones de los derechos humanos; derecho a la información —transparencia—...)<sup>4</sup>.

En ningún caso se podría todavía afirmar que es una norma consuetudinaria consolidada de derecho internacional, y menos aún de *ius cogens*, más que en algún aspecto que tenga que ver con el derecho a la tutela judicial efectiva respecto de violaciones de derechos humanos en su dimensión individual (*ibid.*: 512 y 513).

El derecho a la verdad históricamente está ligado al derecho internacional humanitario (Protocolos de Ginebra sobre la suerte de desapare-

<sup>4</sup> Véase Rodríguez (2017: *passim*), en cuya tesis doctoral se analiza en detalle la evolución del derecho a la verdad desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos tanto de ámbito universal como regional incluyendo un detallado análisis de la práctica de los Estados al respecto.

cidos en la Guerra<sup>5</sup>) con una evolución expansiva en los 80 y 90 en una doble dirección: desde las desapariciones a toda violación de derechos humanos; y de su dimensión individual a su dimensión colectiva. Un reflejo claro de esa tendencia se puede identificar, paradigmáticamente en el Informe Joinet 1997<sup>6</sup> y, más adelante, en los denominados *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*, aprobados por la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005<sup>7</sup>. También en el Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad de 2005<sup>8</sup> que actualiza el Informe Joinet ya señalado. Son todas ellas referencias significativas, pero no únicas<sup>9</sup>, que van decantando un estándar de justicia que conviene explorar hasta qué punto se puede trasladar al ámbito doméstico.

### *Ámbito doméstico*

Sea cual fuera el estatus del derecho a la verdad y su eventual cristalización futura como norma consuetudinaria y/o convencional, conviene

<sup>5</sup> Artículo 32 del Protocolo Adicional I (Adoptado el 8 de junio de 1977) a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que reconoce el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, y el artículo 33 del Protocolo Adicional I, que establece que, tan pronto como las circunstancias lo permitan, cada parte en conflicto buscará a las personas cuya desaparición se haya señalado.

<sup>6</sup> Comisión de Derechos Humanos, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997 (en Rodríguez, 2017: 121 y ss.).

<sup>7</sup> En estos Principios se identifica ya una dimensión colectiva del derecho a la verdad ligada al derecho a la reparación (Rodríguez, 2017: 235 y ss.).

<sup>8</sup> Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

<sup>9</sup> Sin ánimo de exhaustividad véanse, sólo en el ámbito universal, la Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos, de 20 de abril de 2005; la Decisión 2/105 del Consejo de Derechos Humanos, de 27 de noviembre de 2006; y las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 9/11, de 18 de septiembre de 2008; la 12/12, de 1 de octubre de 2009; y la 21/7, de 27 de septiembre de 2012, todas ellas relativas al derecho a la verdad. Más recientemente, con un buen resumen de las referencias más significativas, véase el texto completo de la Resolución 68/165 sobre el Derecho a la Verdad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2013 (Doc. A/RES/68/165, 21 de enero de 2014).

explorar la viabilidad de su transposición al ordenamiento jurídico doméstico español al hilo de las violaciones de derechos humanos de motivación política. Transposición que se ha producido en términos generales a través de la conocida como Ley de Memoria Histórica de 2007<sup>10</sup>. No se trata de hacer una valoración de tal Ley sino de constatar que una cierta dimensión colectiva del derecho a la verdad por vía extrajudicial se canalizó de hecho a través de esta regulación que desplegaba disposiciones sobre vulneraciones de derechos humanos (reconocimiento de víctimas, indemnizaciones, registros, política de apertura de fosas, sanciones...) y, en particular, sobre la sangrante realidad de los desaparecidos y enterrados en cunetas durante —y después de— la guerra civil. La Ley de Memoria, más allá de las críticas por sus evidentes limitaciones<sup>11</sup>, representa un intento legislativo de articulación extra-judicial de la verdad de lo sucedido cuando, simultáneamente, el Estado había cerrado la vía penal mediante un modelo de amnistía y punto final<sup>12</sup>.

De forma más reciente, ese canal de la Ley de Memoria se ha visto intensificado y ampliado por medio de los intentos en la Comunidad Autónoma Vasca y en Navarra de hacer frente a la violencia política y a los lega-

<sup>10</sup> 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 y la dictadura.

<sup>11</sup> Por Ley 52/2007, de 26 de diciembre, llamada de memoria histórica, se inaugura una vía particular y sectorial de atención a las víctimas de persecución y violencia durante la guerra civil y la dictadura. El conjunto de prestaciones no es tan amplio como el previsto en materia de atención a las víctimas terrorismo, lo que generó un primer plano de crítica por agravio (víctimas de «segunda»). La protección en la Ley de Memoria se despliega en aspectos esenciales a petición de instancia y no de oficio lo que ha determinado una acusación generalizada de adolecer de un enfoque privatista impropio para un asunto tan serio y relevante como son gravísimas violaciones de los derechos humanos. La ley, además, atiende ciertos aspectos indemnizatorios, pero no se adentra en materia de justicia más que con una insuficiente y tímida declaración de ilegitimidad (no de ilegalidad ni de nulidad) de las sentencias preconstitucionales que ahormaban con un velo de legitimidad lo que no eran sino actos injustos de violación de derechos humanos. También es a petición de parte lo que corresponde a la búsqueda de desaparecidos, apertura de fosas, etc. Se trata de una ley que, frente al estándar internacional de justicia, verdad y reparación, concede algo de esta última y sólo tímidamente propicia algunos instrumentos para facilitar el derecho a la verdad, desconociendo de raíz la perspectiva fuerte de justicia sin fuerza, ni quizás voluntad, de impugnar el modelo de amnistía de la transición española. La literatura es inabarcable: por todos, una equilibrada visión y evaluación de las coordenadas principales de la ley en Escudero y Martín (2008).

<sup>12</sup> Por todos Gil y Gil (2009). Vía cerrada definitivamente, por el momento, tras los intentos por reabrir, por Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero (Causa especial n.º 20048/2009) que determina que la instrucción del Juez Garzón por las desapariciones forzadas durante la guerra civil y hasta el año 1952 estuvo plagada de «errores». Véase la crítica contundente y sólidamente fundamentada contra dicha Sentencia de Chinchón, Vicente y Moreno (2014).

dos de violaciones de derechos humanos protagonizados por agentes del Estado o por elementos a su servicio<sup>13</sup>. En efecto, tanto los parlamentos de Navarra como de Euskadi aprobaron sendas leyes en los años 2015 y 2016<sup>14</sup> que a su vez han sido objeto, en el caso de la Ley Foral, de un pronunciamiento negativo del Tribunal Constitucional (STC 85/2018, de 19 de julio)<sup>15</sup> y en el caso de la ley vasca de un pronunciamiento favorable del alto tribunal de garantías<sup>16</sup>.

El tenor literal de ambas leyes, la navarra y la vasca, difieren en no pocos aspectos, pero comparten la acusación de que su objeto normativo invadiría competencias exclusivas del juez penal en la medida en que su pretensión resarcitoria de las víctimas precisaría de una investigación de los hechos (graves violaciones de derechos humanos) que por ser potencialmente delictivos estarían vedados a su regulación administrativa<sup>17</sup>.

En Euskadi, también en Navarra, hay intentos serios de elevar los estándares de atención a las víctimas de violencia política que provengan del Estado y/o aparatos y elementos que actuaron en colusión con aquél. Parte de esos intentos cubren una fase final de la dictadura franquista

<sup>13</sup> Véase la fotografía preliminar sobre esa realidad en Landa (2009) y Carmena *et al.* (2013). Para una visión de conjunto de la diversidad y complejidad de las violencias políticas en Euskadi provenientes de agentes estatales, o de agentes no estatales pero actuando en colusión con aquéllos, véase Landa (2013: 7 y ss.).

<sup>14</sup> Ley Foral (Navarra) 16/2015, de 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos (Boletín Oficial de Navarra de 15 de abril de 2015). Y Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2016). Sobre esta última véase Landa (2018b: 31 y ss.). Sobre su antecedente el Decreto 107/2012 véase Landa (*ibid.*: 27 y ss.) y también Landa (2014).

<sup>15</sup> Sentencia que declara parcialmente inconstitucional dicha Ley Foral y que ya ha sido sustituida por un nuevo instrumento legal en Navarra mediante la aprobación de la Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos. Ley que también fue impugnada ante el Tribunal Constitucional (Recurso de inconstitucionalidad n.º 4062-2019 presentado por más de 50 diputados del grupo parlamentario PP y Vox en el Congreso; y Recurso de inconstitucionalidad n.º 4090-2019 presentado por más de 50 diputados del Grupo Ciudadanos en el Congreso) y que, admitida a trámite dicha impugnación (Providencia del TC de 5 de septiembre de 2019, BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2019) está en estos momentos a la espera de que se resuelvan los correspondientes recursos.

<sup>16</sup> La ley vasca fue a su vez parcialmente modificada por la Ley 5/2019, de 4 de abril y convalidada finalmente en su constitucionalidad por la STC 83/2020, de 15 de Julio.

<sup>17</sup> Véase un análisis de los argumentos del Tribunal Constitucional, tanto de la mayoría como de los votos particulares, en Landa (2018a: 272 y ss.) y (2019: 137 y ss.).

(1960-1978) y entroncan así con la política estatal de la memoria histórica. Parte, sin embargo, va más allá y aspira a hacer verdad en aspectos muy controvertidos de graves violaciones de derechos humanos y de actuaciones contraterroristas ilícitas en sentido amplio que abarcan según la Ley 12/2016 hasta el año 1999. Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2020, de 15 de julio, es esta una vía abierta al día de hoy que afecta también potencialmente a casos de desaparecidos por la violencia política en el espacio vasco y que, no por la vía penal, podrían acabar siendo incorporadas al relato jurídico oficial.

### Derecho a la verdad y desaparecidos sociales

El derecho a la verdad no es algo propio y característico sólo de cruentas dictaduras o de una eventual fase de transición de una dictadura a una democracia. Representa una parte del contenido esencial de la justicia debida a cualquier tipo de violación grave (delictiva) de los derechos humanos.

Y ello se puede administrar por la vía penal y complementarse por la vía administrativa (leyes de acompañamiento a las víctimas; derecho de acceso a los archivos) o implementarse directamente mediante mecanismos extrajudiciales si se trata de investigaciones no atributivas de responsabilidad.

En el contexto español esta última vía parece especialmente idónea respecto de violaciones de derechos humanos cometidas por agentes del Estado o particulares a su servicio en los que la acción penal no pueda prosperar por razones extintivas (amnistía, prescripción...) y/o la voluntad de las víctimas se satisfaga de forma suficiente con contenidos simbólicos pero reales de reconocimiento de los hechos, medidas de reparación colectiva (actos públicos de desagravio), individual (indemnización, reparación incluido el derecho a la salud física y psíquica) y eventuales garantías de no repetición (reformas estructurales).

---

*En aquellos Estados que ya se hacen cargo de sus desapariciones previas y las narran, ¿qué se deja afuera?, ¿qué se tacha?, ¿qué es lo que no se puede narrar en términos de otras desapariciones? (Gabriel Giorgi)*

---

Cabe reflexionar sobre si no podría usarse la categoría de desaparecido social como punto de partida para introducir medidas paliativas de la ne-

gligencia u omisión de los Estados para con los «descartados». Medidas que podrían introducirse en normativas administrativas, por ejemplo, de fomento de los derechos humanos. Las políticas públicas podrían así ocuparse de los desaparecidos sociales y ejercer también el derecho a la verdad en su dimensión colectiva reclamando, por ejemplo, estudios y diagnósticos sobre su situación como presupuesto para luego identificar si se producen violaciones de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y finalmente si cabe establecer responsabilidad del Estado al respecto.

Esta posibilidad de satisfacer el derecho a la verdad en su dimensión colectiva por vía extrajudicial puede además resultar especialmente idónea para los casos de desaparecidos sociales que, a diferencia de la desaparición forzada *stricto sensu*, se materializa mediante una omisión del propio Estado, una actitud negligente, un mecanismo de victimización alejado de los tradicionales parámetros de conducta enjuiciable por vía penal.

#### *Excursus*: los desaparecidos sociales y su castigo penal

La categoría de desaparecido social bien puede resultar operativa también en un sentido bien diferente al desarrollado desde la óptica del derecho a la verdad. Se trata de tomar conciencia de la injusticia que esas constelaciones de casos representan y de la responsabilidad que el Estado asumiría por ese trato ante la eventualidad de que más tarde la Administración de Justicia tuviera que decidir el castigo a imponer a esos desaparecidos por la comisión de hechos delictivos.

Siguiendo a Cigüela se parte de un déficit en los planteamientos de la teoría de la pena atrapada en sus esfuerzos de legitimación del castigo entre una dinámica retrospectiva de índole retributiva, de merecimiento de la pena; y una dinámica prospectiva de tipo preventivo, de intervención penal sólo en la medida en que fuera necesaria para la evitación de comportamientos criminales. Merecimiento y necesidad de pena, sin embargo, no agotan el marco legitimador y desconocen la dimensión política del castigo. Desde esta última se exige un comportamiento previo del Estado, una organización y actuación estatal, que esté a la altura de ciertos estándares de justicia. Un Estado radicalmente injusto pierde su legitimidad para imponer castigos (Cigüela, 2019).

Pero entrando en los grises, en casos en que el Estado no es radicalmente injusto, sino que presenta comportamientos parcialmente injustos para con determinados colectivos —los desaparecidos sociales— y no otros —los ciudadanos reconocidos como tal—, cabría activar el esquema anteriormente señalado en función del tipo de delitos de que se tratara. No

cabe una discusión en iguales términos según se esté hablando de homicidios u asesinatos, por ejemplo, en contraste con otro tipo de ilícitos penales como los que atentan contra la propiedad (Cigüela, 2019: 406) u otros como los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318bis Código Penal).

En estos casos se podría explorar una atenuación o exención de pena proclamando la inexigibilidad de la conducta: pero no la inexigibilidad subjetiva de quien comete el delito sino la inexigibilidad por razón de la instancia de imputación (Cigüela, 2019: 405).

#### Referencias

- Carmena, M., Landa, J.M., Múgica, R., y Uriarte, J.M. (2013). *Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013)*. *Euskal kantuan gertaturiko giza eskubideen urraketek buruzko oinarritzko txostena (1960-2013)*. Gobierno Vasco.
- Cigüela Sola, J. (2019). Injusticia social y derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo. *Doxa*, 42, 389-411.
- Escudero Alday, R., y Martín Pallín, J.A. (2008). *Derecho y memoria histórica*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Foucault, M. (2011). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- Gadamer, H.-G. (2015). *Verdad y método II*. Sígueme.
- Gadamer, H.-G. (2017). *Verdad y método*. Sígueme.
- Gatti, G., Irazuzta, I., y Sáez, R. (2020). Los no contados. Desbordamientos del concepto jurídico de desaparición. *Athenea Digital*, 20(3).
- Gil y Gil, A. (2009). *La justicia de transición en España de la amnistía a la memoria histórica*. Atelier.
- Hernández-Pacheco, J. (1996). *Corrientes actuales de Filosofía. La escuela de Frankfurt. La filosofía hermenéutica*. Tecnos.
- Landa Gorostiza, J.-M. (2009). *Indarkeria politikoaren ondorioz izandako giza eskubideen urraketek biktimak. Víctimas de vulneraciones de derechos humanos derivadas de la violencia de motivación política. Victims of human Rights violations derived from politically motivated violence*. Gobierno Vasco.
- Landa Gorostiza, J.-M. (2013). Human Rights and Politically-Motivated Violence in the Basque Country. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 12(2), 7-29.
- Landa Gorostiza, J.-M. (2014). Decretos de víctimas de violaciones de derechos humanos: balance y perspectivas de futuro. En J.-M. Landa Gorostiza (Dir.), *Justicia Transicional: propuestas para el caso vasco* (pp. 341-355). Institut Universitaire Varenne.

- Landa Gorostiza, J.-M. (2018a). Políticas de víctimas de la violencia política en España y el País Vasco: una reflexión a la luz del holocausto y a propósito del Estado de excepción (1968) en Gipuzkoa. En J. Bucos *et al.*, *Gipuzkoa en Estado de Excepción 1968* (pp. 224-300). Aranzadi/Universidad del País Vasco.
- Landa Gorostiza, J.-M. (2018b). Políticas de víctimas de la violencia política en España y el País Vasco: una reflexión a la luz del holocausto. *Revista General de Derecho Penal*, 29, 1-50.
- Landa Gorostiza, J.-M. (2019). Políticas de víctimas de la violencia política en España y el País Vasco: una reflexión a la luz del holocausto actualizada tras la STC 85/2018. En E. Arcocha, E. Mendinueta, M. Bueno Urritzelki y G. Garmendia Amutxastegi (Coords.), *Estatu errepresioa Nafarroan: disciplina anitzeko ikuspegia [1936-2016]. La represión estatal en Navarra: un análisis multidisciplinar* (pp. 93-169). Instituto de Historia económica y social Gerónimo Uztariz, Gobierno de Navarra.
- Ricoeur, P. (2010). *La memoria, la historia, el olvido*. Trotta.
- Rodríguez Rodríguez, J. (2017). *El derecho a la verdad en relación con violaciones graves de los derechos humanos. Análisis de su génesis, evolución y estado actual en el ordenamiento jurídico internacional* (Tesis doctoral inédita). Universidad Complutense de Madrid.

## La desaparición social. Una categoría para ampliar la visibilidad de aquellos a los que el capitalismo global abandona

RAMÓN SÁEZ

Consejo General del Poder Judicial

1. La cuestión a debate es si resulta posible y conveniente penetrar en el mundo «fuera de la norma» a través del concepto de desaparición social, un mundo configurado alrededor de situaciones de violencia y sufrimiento singular, por su intensidad y extensión, y habitado por seres y grupos humanos desechados, abandonados, dejados atrás. Y si posee capacidad como herramienta hermenéutica para dar cuenta de esta compleja realidad. La categoría de la desaparición social vendría a identificar un fenómeno de la globalización: la producción sistemática de precariedad en forma de vidas afectadas por un triple descuento, porque no se cuentan en el relato común, no se contabilizan en los registros públicos y no se cuidan porque no importan.

Desde el derecho podemos decir que la detención seguida de desaparición forzada de personas, concepto original o de partida, es una categoría del derecho internacional que define una conducta criminal alrededor de tres elementos: la privación de libertad, el silencio sobre el paradero y destino de la víctima y la sustracción del individuo a la tutela del Estado y de la ley. La conducta típica tiene como objetivo extraer al individuo de la protección del derecho, cuya garantía debe proveer el Estado. El objetivo del perpetrador, en lo que aquí interesa, es operar al margen de la ley y eliminar toda posibilidad de que la víctima pueda ejercer sus derechos. El sujeto desaparecido es lanzado a la exterioridad del orden jurídico, provocando su expulsión de hecho de la comunidad de las personas y de los sujetos de derecho, en condiciones de vulnerabilidad absoluta. La paradoja, en términos conceptuales, es que el propio Estado, por medio de sus agentes o subagentes, produce la expulsión del ciudadano, de su ciudadano, del espacio ordenado jurídicamente que gestiona.

# La desaparición social

Límites y posibilidades de una herramienta  
para entender vidas que no cuentan

David Casado-Neira  
Gabriel Gatti  
Ignacio Irazuzta  
María Martínez  
(editores)

oman ta zabal zazu



Universidad Euskal Herriko  
del País Vasco Unibertsitatea

*CIP. Biblioteca Universitaria*

La **desaparición social** : límites y posibilidades de una herramienta para entender vidas que no cuentan / David Casado-Neira ...[et al.](editores). – Bilbao : Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Argitalpen Zerbitzua = Servicio Editorial, D.L. 2021. – 202 p. : il. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

D.L.: BI 01514-2021. — ISBN: 978-84-1319-360-1.

1. Personas desaparecidas. 2. Marginados sociales. 3. Derechos humanos (Derecho internacional). I. Casado Neira, David, coed.

341.231.14

364.652

«A mí la categoría de desaparición social me ha sido muy útil para algo tan sencillo, tan complicado, como es llamar a las cosas por su nombre.»

*Xurxo Ayan*

«No sé si desaparición social es un concepto o es un problema. O es una categoría analítica muy potente para dar cuenta, justamente, de ese desborde de situaciones extraordinarias y pensar la desaparición en el mundo ordinario.»

*Cynthia Sarti*

«La categoría desaparición social no es una categoría que los juristas tengamos que introducir, sino que es un grito, una interpelación a la legitimidad de que la ficción jurídica que cubre los derechos universales no tiene agujeros y me remueve porque lo que hace es mover al derecho.»

*Jon-Mirena Landa*