

Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal

Historical Memory and Transitional Justice in Spain: the Time as Actor of Criminal Justice

Memoria histórica e justiça transicional na Espanha: o tempo como ator da justiça penal

Josep Tamarit Sumalla*

Fecha de recepción: 3 de mayo de 2014.

Fecha de aprobación: 26 de junio de 2014.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02](https://doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02)

Para citar este artículo: TAMARIT, J., "Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 43-65. doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02](https://doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02)

Resumen

El artículo aborda los retos político-criminales y jurídicos que plantean las demandas de rendir cuentas con el pasado mediante el estudio de las singularidades que ha planteado la transición española del régimen franquista a la democracia. En especial se analiza la Ley de Memoria Histórica de 2007 y los puntos más problemáticos de las demandas tardías de justicia penal que han surgido respecto a los delitos cometidos en el seno del referido régimen. Pese a la existencia de crímenes internacionales, el tiempo transcurrido ha acarreado dificultades fácticas y jurídicas, difícilmente superables, para una efectiva persecución. Se examina aquí esta problemática, centrada en la prohibición de retroactividad, la prescripción y los efectos de la Ley de Amnistía de 1977.

Palabras clave: Justicia penal, justicia transicional, memoria, reconciliación, reparación, verdad, víctimas.

Abstract

The article addresses the political-criminal and legal challenges posed by accountability demands for past crimes by studying the singularities that the Spanish tran-

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Lleida y Director del Programa de Criminología de la Universitat Oberta de Catalunya.

sition from Franco's dictatorship to democracy has raised. Especially, it is analysed the Historical Memory Law of 2007 and the most problematic points of the criminal justice actions that have emerged due to offenses committed during the dictatorship. Despite the existence of international crimes, the elapsed time has brought difficult to overcome, factual and legal difficulties for effective prosecution. This problem, focusing on the prohibition of retroactivity, prescription and effects of the Amnesty Act of 1977 is examined here.

Keywords: Criminal justice, transitional justice, memory, reconciliation, reparations, truth, victims.

Resumo

O artigo aborda os desafios político criminais e jurídicos que expõem as demandas de prestar contas com o passado mediante o estudo das singularidades que tem exposto a transição espanhola do regime franquista à democracia. Em especial analisa-se a Lei de memória histórica de 2007 e os pontos mais problemáticos das demandas tardias de justiça penal que têm surgido respeito aos delitos cometidos no seio do referido regime. Em que pese à existência de crimes internacionais, o tempo transcorrido tem acarreado dificuldades dificilmente superáveis, fáticas e jurídicas, para uma efetiva persecução. Examina-se aqui esta problemática, centrada na proibição de retroatividade, a prescrição e os efeitos da Lei de anistia de 1977.

Palavras-chave: Justiça penal, justiça transicional, memória, reconciliação, reparação, verdade, vítimas.

I. La singularidad del caso español

En los estudios sobre justicia transicional, el caso español suele ser considerado singular por diversas razones. En primer lugar, por la particularidad de la transición española, caracterizada por una decisión de olvidar el pasado, seguida de medidas de reparación parcial, y la ausencia de procesos penales y de cualquier clase de “purgas” o medidas de depuración. Entre las diversas causas de esta decisión destaca la situación en que se produjo la transición, conducida por el propio postfranquismo. Las fuerzas políticas de tradición democrática eran débiles en una sociedad que había vivido una larga dictadura impuesta tras una cruenta guerra civil y una política efectiva de eliminación y expurgación de la vida pública de los no adictos al régimen practicada por los vencedores. El segundo elemento singular del caso español está en el surgimiento de demandas sociales de revisión del proceso transicional en los primeros años del siglo XXI, una vez habían transcurrido más de 25 años desde la muerte de Franco. Estas demandas, procedentes de diversos sectores

de la sociedad civil, cuestionan la política de olvido, la visión autocomplaciente de la mayor parte de actores políticos respecto al modelo español de transición y la retórica de la reconciliación practicada por buena parte de esos actores y por diversos agentes sociales, como la Iglesia católica.

Por las razones señaladas se ha producido una “justicia transicional tardía”, consistente en una serie de medidas social y políticamente muy controvertidas.¹ En 2007 se aprobó la Ley de Memoria Histórica y en 2008 el juez Garzón abrió un proceso judicial para perseguir los crímenes cometidos en los primeros años de la dictadura. El desarrollo y las consecuencias de este proceso han acentuado la dimensión internacional del caso, produciéndose una doble paradoja. Por una parte, el Estado español ha cerrado prácticamente la posibilidad de perseguir estos delitos, pese a haberse llegado a enjuiciar y a condenar en España poco tiempo antes a los responsables de delitos cometidos durante la dictadura argentina en aplicación del principio de justicia universal. Por otra, las organizaciones defensoras de los derechos humanos y de las víctimas de los delitos de la dictadura franquista han conseguido que jueces argentinos hayan abierto causas penales en las que se reclama a España la extradición de ciudadanos españoles presuntos responsables de tales delitos para ser juzgados en Argentina.

En este trabajo se analizarán algunos de los aspectos más problemáticos que se plantean respecto a la posibilidad de una persecución penal de delitos cometidos hace muchos años, básicamente aquellos en los que se hace necesario valorar los efectos del transcurso del tiempo sobre la viabilidad fáctica y jurídica de tal persecución. Ello nos llevará a examinar la problemática de la Ley de Amnistía y de la prescripción. Hay algo especialmente llamativo de la experiencia española, de la que cabe extraer conclusiones de gran relevancia ante situaciones similares que puedan producirse en otros países. Como aquí se expondrá, existían rigurosos argumentos a favor de la viabilidad jurídica de una persecución de estos delitos un largo período de tiempo en el que no hubo iniciativas ni siquiera propuestas serias por parte de miembros del poder judicial, fiscalía, representantes políticos u organizaciones sociales de cierta entidad. Tales iniciativas y demandas de intervención de la justicia se han producido, sin embargo, cuando ya era demasiado tarde.

En el vocabulario de la transición española hay dos conceptos que han desempeñado un papel predominante: “olvido” y “reconciliación”. La primera permite definir adecuadamente el clima político reinante durante unos años respecto a los

1 Un amplio análisis jurídico, así como del contexto histórico y social, de estas medidas puede verse en TAMARIT, S., J. M., *Historical Memory and Criminal Justice in Spain – A case of Late Transitional Justice*, Cambridge, Antwerp, Portland 2013.

sucesos del pasado, de modo que se ha señalado con acierto que se trataba de una “transición amnésica”.² Sin embargo, debe advertirse el uso manipulador que ha tenido la retórica de la reconciliación, que en el discurso político dominante ha sido enaltecida como ideal prioritario frente al de justicia. Los elementos de un proceso de reconciliación en el sentido propio de la cultura de “justicia transicional”, en la que se busca una armonización entre las necesidades de justicia y de reconciliación,³ es obvio que no han estado presentes en el caso español.

La disposición de carácter transicional más importante y de mayor trascendencia fue la Ley de Amnistía, aprobada por el primer Parlamento elegido democráticamente tras la muerte de Franco. La amnistía de los presos políticos, que habían sufrido represión por su oposición al régimen franquista, era una de las principales reivindicaciones de los partidos democráticos. La Ley de Amnistía fue aprobada el 6 de octubre de 1977 con el voto favorable de más de 90% de los diputados, entre los que se encontraban los partidos políticos que representaban la oposición democrática al franquismo. La amnistía se extendía incluso a quienes habían cometido delitos de sangre si habían actuado por motivos políticos, lo que incluía a los miembros de ETA y otras organizaciones terroristas, y comprendía también los “delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley” y los “delitos cometidos por los funcionarios y los agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas” (art. 2). Se sellaba así un pacto, no asumido de modo explícito, por el que el régimen saliente accedía a la amnistía reclamada por las fuerzas democráticas a cambio de no tener que responder ni los dirigentes ni los servidores de aquel por sus crímenes.

La transición española ha adoptado un modelo definido por Gil como de “olvido con rehabilitación parcial”, dado que se han satisfecho ciertas exigencias de reparación de las víctimas de la represión.⁴ En un primer momento se acordaron algunas medidas de rehabilitación de funcionarios represaliados y de reconocimiento a los herederos de fallecidos el derecho a percibir prestaciones debidas (Decreto del 5 de diciembre de 1975 y Decretos del 27 de mayo y del 2 de junio de 1977). Tras la aprobación de la Constitución de 1978 se inició un proceso en el que de modo lento

2 Vid. REYES, M., *Justicia de las víctimas*, Madrid. 2009.

3 Sobre el sentido de la reconciliación en la justicia transicional, a partir de la experiencia de las comisiones de la verdad en algunos países, Vid. DALY y SARKIN, *Reconciliation in divided Societies: Finding Common Ground*, University of Pennsylvania Press, 2006; y HEYLEN, B., PARMENTIER, S., WEITEKAMP, E., “The Emergence of “Holistic Reconciliation”: Lessons Learned from Victims and Offenders inside the South African Truth and Reconciliation Commission”, in *International Perspectives in Victimology*, v. 5, 2010, p. 7.

4 La expresión es de GIL, G., A., “La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica”, Barcelona 2009; p. 23.

y gradual se fueron adoptando decisiones de carácter reparador. Estas decisiones respondieron en una primera fase a una lógica de equiparación, al reconocerse a los perdedores de la guerra prestaciones de las que hasta el momento solo se habían beneficiado los vencedores. Tales medidas tomaban como referencia la Guerra Civil, como si no hubiera existido después una larga dictadura y no se hubiera salido aún totalmente de ella (así Leyes del 29 de marzo de 1982 y del 22 de octubre de 1984). No fue sino hasta 1990 cuando, de un modo nada expresivo desde el punto de vista simbólico y comunicativo, se dio un paso más. Mediante una Disposición Adicional a la Ley de Presupuestos del Estado del 29 de junio de 1990 se reconocieron derechos de indemnización a favor de quienes habían sufrido prisión durante tres (3) o más años. Posteriormente la Ley del 18 de marzo de 2005 introdujo una prestación económica a favor de los denominados “niños de la guerra”. En cuanto a la devolución de bienes incautados, el proceso de reparación ha sido también lento, gradual y muy limitado y controvertido, dado que ha beneficiado a los partidos y sindicatos, pero no a los particulares.

La condena explícita del régimen franquista y la calificación como ilegítimas de algunas de sus decisiones no se produce hasta la aprobación de la Ley 52/2007, “por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución y violencia durante la guerra civil y la dictadura”. Esta es la denominación de la norma, aunque es más conocida como Ley de Memoria Histórica. Su aprobación es fruto de una voluntad de paliar las carencias del proceso de transición y ha recibido críticas de muy diverso signo, algunas de las cuales han destacado su oportunismo político o han entendido que llegaba demasiado tarde, mientras otras han denunciado insuficiencias en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y en la reparación de las injusticias cometidas por el franquismo.

En lo que atañe a las demandas de justicia, las críticas a la impunidad de los crímenes del franquismo empiezan a adquirir relevancia pública a partir del proceso abierto por el juez Baltasar Garzón contra Augusto Pinochet, a raíz de una acción presentada por diversas organizaciones civiles y víctimas de la dictadura chilena. La acción se planteó al amparo del principio de jurisdicción universal, en ese momento reconocido ampliamente en el Derecho español (Art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985), y sin limitaciones derivadas de ninguna ley de amnistía. Mucho más lejos llegó la justicia española en la aplicación del referido principio respecto a hechos de la dictadura argentina, hasta el punto que el militar argentino Adolfo Scilingo fue condenado por la Audiencia Nacional (AN) en 2005 por delitos contra la humanidad. El Tribunal Supremo (TS), en la sentencia del 1 de octubre

de 2007, modificó el título condenatorio por entender que los hechos no podían ser calificados como delitos contra la humanidad, dado que eran anteriores a la tipificación de esta figura delictiva en el Código Penal Español (CPE), pero condenó al procesado por delitos de asesinato y detención ilegal. En un contexto de creciente asentamiento a escala global de la cultura de la memoria histórica y de un mayor protagonismo de los derechos de las víctimas, el hecho de que España enjuiciara los crímenes de otras dictaduras sin haber sido capaz de enfrentar su propio pasado afectó negativamente la imagen del país y motivó una reacción interna de cuestionamiento del modelo transicional de impunidad.

El análisis que se aborda en el presente artículo es de carácter básicamente jurídico, aunque lo situamos en el contexto teórico de la justicia transicional. Pese a las críticas que el concepto ha recibido por su insuficiente teorización y a que en el debate político, social e incluso académico ha sido escasamente utilizado en España, se entiende que aporta un marco conceptual en el que pueden ser examinadas problemáticas específicas relacionadas con el modo de dar respuesta a demandas de justicia relacionadas con casos de victimización masiva que emergen en situaciones en las que es cuestionada la aplicabilidad de los criterios jurídicos formulados en un contexto de estabilidad valorativa, institucional y social.⁵

II. La Ley de Memoria Histórica

La Ley 53 del 26 de diciembre de 2007, fue promovida por el gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, tras las labores realizadas en el seno de una Comisión interministerial que mantuvo reuniones con 36 organizaciones sociales. La “memoria histórica” ha sido en España la idea predominante en torno a la cual se ha producido el debate sobre la elaboración del pasado, siendo las referencias a la “justicia transicional” muy escasas en el debate público. Esta ley fue aprobada con el rechazo del principal partido de la oposición, el Partido Popular, que no aceptó ninguna clase de cuestionamiento de la transición ni tampoco la condena explícita de la dictadura franquista. Pese a ello la Ley no ha satisfecho algunas de las principales reivindicaciones de las asociaciones civiles, especialmente en lo tocante a las fosas comunes en las que fueron sepultadas las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales masivas perpetradas por las tropas de Franco. También ha sido criticado el hecho de que la Ley casi no utiliza el término víctimas, sino que opta por la expresión “los que sufrieron las consecuencias de la guerra civil y la dictadura”, lo cual marca una expresiva diferencia con la exaltación y adulación

5 El artículo no tiene la pretensión de abordar las complejas cuestiones teóricas que plantea el concepto de justicia transicional, del que me he ocupado en “Historical Memory...”, cit. p. 7 ss.

de las víctimas efectuada en otras leyes, como la Ley 29/2011 de reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo de 22 de septiembre.⁶ A continuación se resumen los tres principales contenidos de la Ley.

A. Rehabilitación de personas condenadas

La Ley ha tratado de dar respuesta a las demandas de rehabilitación de personas que habían sufrido represión como consecuencia de una condena pronunciada por un tribunal u órgano especial, ya fuere de carácter judicial o administrativo. El Art. 2 condena todas las sanciones y actos de violencia cometidos por razones políticas, religiosas o ideológicas durante la Guerra Civil y la dictadura, y las califica como “completamente injustas”. Además, el Art. 3 declara que los tribunales, consejos de guerra y otros órganos que hayan impuesto sanciones personales basadas en las aludidas razones son “ilegítimos”. La Ley no recogió la petición efectuada por algunas asociaciones y grupos parlamentarios de declarar nulas tales resoluciones y los correspondientes tribunales. Ello ha dado lugar a controversias respecto a los efectos de la declaración legal, especialmente en lo tocante al modo en que de la Ley puede derivarse un derecho de los afectados a que un Tribunal declare con carácter individual la nulidad de la resolución por la que fueron impuestas penas de muerte o sanciones privativas de libertad o de otros derechos. En relación con los efectos a título individual la Ley se limita a regular en su Art. 4 el derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal, que puede ser solicitada por las personas directamente afectadas o por sus familiares ante el Ministerio de justicia. La norma deja claro que tal declaración no constituye un título que pueda dar lugar al reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado.

La Ley no ha tenido como efecto una modificación de la doctrina dominante del TS, que ha desestimado la mayor parte de recursos de revisión presentados contra resoluciones dictadas durante el franquismo, incluso con alegaciones de haberse producido violaciones de normas procesales vigentes al tiempo del enjuiciamiento. La esperanza de que la Ley pudiera ser interpretada como un “hecho nuevo” susceptible de dar lugar a la revisión de la sentencia, se ha visto truncada por nuevas decisiones del citado Tribunal, como la recaída en el caso del poeta Miguel Hernández, en la que, pese a reconocer la injusticia de la sentencia por la que se le condenó a muerte, se desestimó la petición de revisión presentada por su familia.⁷ Ante ello queda solo confiar en que en una futura Ley procesal se atiendan las

6 Vid. un análisis de la cuestión en TAMARIT, “Paradojas y patologías de la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *Indret*, 2013.

7 Vid. SÁEZ, V., R., “Anular las sentencias de la represión franquista. Una tarea de higiene pública”, en *Jueces para la democracia*, pp. 75 ss.

propuestas efectuadas por un sector de la doctrina procesalista en el sentido de incluir nuevas causas de revisión que permitan superar los estrechos cauces de la actual regulación legal del recurso de revisión.⁸

Esta cuestión lleva directamente a un típico dilema del derecho transicional. Las posturas resistentes ante los intentos de anulación de decisiones adoptadas conforme a la legislación de un Estado predemocrático suelen basarse en la prevalencia de las exigencias de certeza jurídica frente a las demandas basadas en una visión idealista del derecho. Por otra parte, las posturas revisionistas se niegan a aceptar la equivalencia entre las normas de un Estado democrático y las de un Estado no legítimo. En cualquier caso, parece difícil aceptar la idea de que el plus de legitimidad de un Estado democrático deba llevar necesariamente a la nulidad de cualquier decisión adoptada por el régimen anterior, dado que, como señaló Kirchheimer, no existe un “Estado criminal” en estado puro,⁹ lo cual obliga a las democracias a tomar decisiones difíciles respecto a cuáles efectos jurídicos cabe considerar válidos de las normas y decisiones del pasado, y cuáles de éstas deben ser declaradas nulas.

B. Nuevas medidas de reparación

Algunas previsiones legales, anteriormente comentadas, pueden ser consideradas como medidas de reparación moral de las víctimas. Además de estas, la Ley de 2007 ha incluido mejoras en las compensaciones introducidas a través de normas precedentes. Así, amplió las indemnizaciones en favor de las viudas, hijos y otros familiares de las víctimas de la guerra. Aun sin ser económicamente significativa, esta previsión ha permitido incluir a todas las víctimas que murieron tras el conflicto, no solo a las que murieron hasta dos años después de su finalización. En segundo lugar, la Ley incrementó las muy limitadas indemnizaciones existentes en favor de los huérfanos. También se incluyeron nuevos supuestos entre los beneficiarios de la compensación económica acordada en 1990 a favor de los que habían sufrido encarcelamiento por razones políticas. Finalmente, la Ley extendió la indemnización de 135.000 euros establecida a favor de los que habían fallecido por razones políticas a todos los que habían muerto entre 1 de enero de 1968 y 6 de octubre de 1977 como consecuencia de su actividad en defensa de la democracia, con lo que se trató de reducir las grandes diferencias existentes entre las prestaciones a favor de las víctimas del franquismo y las que tienen reconocidas las víctimas del terrorismo, mediante

8 Vid. en este sentido ARANGÜENA, F., C., “La Ley de memoria histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del Derecho procesal”, en TAMARIT (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, 2010, p. 130.

9 Vid. KIRCHHEIMER, O., “Trial by Fiat of the successor regime”, en KRITZ, N.J. (ed.), op. cit., pp. 359 - 361.

una cláusula que evitara que pudieran beneficiarse de la indemnización las personas que habían practicado actividades de carácter terrorista.

C. Exhumación e identificación de las víctimas

Uno de los aspectos más controvertidos de la Ley de memoria histórica ha sido el relativo a la exhumación de los restos de las personas que habían sido víctimas de asesinatos políticos y ejecuciones extrajudiciales durante la Guerra Civil y los primeros años de posguerra. Diversas asociaciones, algunas de las cuales habían acometido por su cuenta la práctica de exhumaciones en antiguas fosas comunes y la identificación de las víctimas, habían reclamado del Estado que asumiera un compromiso en la realización de las exhumaciones como garantía del derecho a conocer la verdad por parte de la sociedad y, concretamente, de los familiares de personas desaparecidas. La Ley se limita a establecer el deber de las administraciones de facilitar las tareas de los descendientes de las víctimas para encontrar a sus familiares desaparecidos e identificar sus restos, para lo cual se prevén posibles indemnizaciones para compensar los costes (Art. 11). Sin embargo, la identificación de las víctimas y el establecimiento de la verdad sobre lo sucedido no se han asumido legalmente como cuestiones públicas, sino como un asunto privado vinculado al derecho de los individuos a su memoria individual y familiar. Las demandas de las asociaciones de una mayor implicación del Estado, a través de medidas como la investigación de oficio o la creación de bancos de datos de ADN, fueron rechazadas. Ello ha propiciado críticas por no haberse cumplido con las exigencias establecidas en las normas internacionales sobre personas desaparecidas, como la Declaración para la Protección de Todas las Personas que han Sufrido Desaparición Forzada de 1992 o la Convención Internacional sobre el Derecho a la Verdad, la Justicia y la Reparación y las Garantías de No Repetición de 2006.¹⁰ Ante ello, algunas comunidades autónomas han ido más allá en la implicación con el proceso de recuperación de la memoria. Un ejemplo de ello ha sido la Ley Catalana de Fosas de 2009, que define la desaparición forzada de personas de modo coherente con la Convención de 2006, crea un censo y un registro público de desaparecidos y regula la responsabilidad del gobierno autonómico catalán en las labores de búsqueda e identificación de los restos, tanto los de víctimas del franquismo como los de quienes sufrieron actos de barbarie de la retaguardia republicana.

10 Así TERRADILLOS, B., J., “La revisión del pasado y la Ley de memoria histórica”, *Revista penal* N° 25, 2010, p. 156; o ZAPICO, B., M., “¿Se pueden/deben investigar los crímenes cometidos durante la guerra civil española y la dictadura franquista? Algunas cuestiones al respecto planteadas por el Auto de 16 de octubre de 2008”, *Revista de Derecho y proceso penal*, 2009, pp. 83 - 110.

III. La fracasada persecución penal de los “crímenes del franquismo” en España

El 16 de octubre de 2008 el juez de Instrucción Baltasar Garzón inició una causa penal por delitos contra la humanidad, a partir de una querrela presentada por diversas organizaciones sociales, en ejercicio de la “acción popular”.¹¹ Según el auto del citado Juez, los delitos serían asesinatos y detenciones ilegales seguidas de desaparición, cometidos con carácter masivo entre el 17 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1951, que habrían sido ordenados y dirigidos por los líderes de las fuerzas que se habían rebelado contra las instituciones legítimas. Los delitos, cometidos en todo el territorio del Estado español, eran conexos con un delito de rebelión, tipificado como delito contra los altos organismos del Estado y cuya competencia está legalmente atribuida a la Audiencia Nacional. En su auto, Garzón incluía un relato de los crímenes cometidos por las fuerzas encabezadas por Franco y otros generales, descritos como parte de un ataque planificado y sistemático contra los disidentes, con el propósito de eliminarlos. El Magistrado calificaba los hechos como delito contra la humanidad y para superar la prohibición de aplicación retroactiva de la norma penal, al no haberse producido la tipificación de estos delitos en el CPE hasta 2003, invocaba la “cláusula Martens”, incluida en el preámbulo de la Segunda Convención de La Haya relativa a las leyes de la guerra de 1899,¹² así como el derecho de guerra vigente al tiempo en que ocurrieron los hechos investigados. Garzón afirmaba asimismo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, en vigor en España desde 1977, exige a los Estados que investiguen los casos de desapariciones con riesgo para la vida o tortura (artículos 6 y 7).¹³ Para sortear el problema de la prescripción del delito el juez se basaba en los siguientes argumentos: a) los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles; b) si los hechos fueran considerados como delitos comunes, los casos en que no han sido hallados los cuerpos de las víctimas deberían ser calificados como “detención ilegal seguida de desaparición”, cuya naturaleza jurídica de delito per-

11 Procedimiento Sumario núm. 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5.

Puede accederse a la documentación del caso a través del Portal iberoamericano de ciencias penales de la Universidad de Castilla La Mancha: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dossier/Espa%F1a%20proceso%20a%20los%20cr%EDmenes%20de%20la%20Dictadura> (consultado el 17 de agosto de 2011).

12 Según dispone el Preámbulo, “hasta la elaboración de un código de leyes más completo, las altas partes contratantes consideran justo declarar que en los casos no incluidos en las regulaciones adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y el imperio de los principios de derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos por la naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública”.

13 Similares obligaciones derivan de la Convención europea de derechos humanos de 1950 (Art. 2) y de la Convención de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas de 2006 (Art. 12).

manente supone que la consumación se sigue produciendo mientras dura el estado antijurídico de desaparición y el cómputo de la prescripción no se iniciaría hasta que el mismo hubiera cesado.

En relación con la Ley de Amnistía, Garzón asumía la jurisprudencia de algunos tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que han declarado la inadmisibilidad de las amnistías en los casos de graves violaciones de derechos humanos. Los delitos de desaparición forzada se habrían seguido cometiendo tras la aprobación de la Ley de Amnistía e incluso después de la entrada en vigor de la Constitución en diciembre de 1978. La resolución culminaba con una lista de los presuntos responsables, encabezada por Franco y seguida por dirigentes del ejército nacionalista vencedor de la Guerra Civil. Este ha sido uno de los aspectos más criticados de la resolución, al tratarse de personas cuya muerte es un hecho notorio, por lo cual el juez Garzón habría pretendido usar el proceso penal al servicio de objetivos ajenos a sus finalidades, siguiendo el precedente de los “juicios de la verdad” en Argentina, criticados también en su día por ser meros instrumentos de investigación vacíos de contenido punitivo real.¹⁴

La AN el 2 de febrero de 2009 estimó el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto del Juez instructor y acordó sobreseer el procedimiento. La Sala estableció que ninguno de los delitos entraba dentro de su competencia y que en su caso serían competentes los tribunales territoriales de los lugares donde los diversos delitos hubieran sido cometidos. La Sala, además, rechazó la posibilidad de enjuiciar los hechos como delitos contra la humanidad al ser este un tipo delictivo inexistente en el momento de su comisión tanto en la legislación española como en el derecho internacional. La “cláusula Martens” no podía en ningún caso servir como referencia en tanto que ley previa dado que no incluía una descripción de delitos y el derecho de guerra no sería aplicable más que a conflictos armados internacionales, no siendo este el caso de la guerra española. Además, censuró la pretensión de aplicar de modo retroactivo la norma que declara la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, dado que tal norma no existía en el momento de la comisión de los hechos ni en el derecho español ni en el derecho internacional consuetudinario. Tampoco los hechos podrían ser considerados como detención ilegal seguida de desaparición, puesto que este tipo delictivo no fue introducido en el derecho español hasta la aprobación del CP de 1944 y porque en todo caso se trataría de muertes y no de desapariciones, por ser un hecho notorio que las detenciones habían tenido como consecuencia la muerte de las

14 Vid. PASTOR, D., *El poder penal internacional*, Barcelona, 2006.

víctimas. Finalmente, la Sala afirma la plena aplicabilidad de la Ley de Amnistía, que se extendía, más allá de los delitos políticos, a los delitos cometidos por las autoridades y sus agentes contra los derechos de las personas. Por otra parte, la norma internacional que prohíbe las amnistías en los casos de violaciones graves de derechos humanos no se podría considerar existente al tiempo de la aprobación de la Ley de 1977 y por lo tanto no cabe extinguir retroactivamente los efectos ya producidos por la indicada Ley.

Tras la decisión del pleno de la AN, las organizaciones promotoras de la persecución penal acudieron a diversos jueces territoriales, alguno de los cuales aceptó abrir una investigación ordenando la apertura de fosas. Posteriormente, el juez Garzón fue acusado de prevaricación por haber dictado a sabiendas una resolución injusta y el TS ha abierto un proceso penal contra el Magistrado, a instancias de La Falange, una organización de extrema derecha heredera directa de uno de los grupos paramilitares que apoyaron el levantamiento contra la República y participaron en los crímenes que Garzón trataba de investigar, y dos presuntas organizaciones sindicales: “Manos Limpias” y “Unión nacional de trabajadores”. El proceso contra Garzón, que recibió duras críticas fuera y dentro de España, llegó hasta la celebración del juicio, tras el cual el juez fue absuelto por sentencia de la Sala de lo Penal del TS del 27 de febrero de 2012. La referida Sala concluyó que el Magistrado había incurrido en error en su resolución de incoar el proceso penal, pero que el error había sido ya corregido por la vía jurisdiccional ordinaria y que no cabía apreciar el plus de antijuridicidad necesario para la concurrencia del delito imputado al juez. En la sentencia se reconoce que el juez actuó con la finalidad de tutelar los derechos de las víctimas de unos delitos que habían obtenido hasta el momento tan sólo una satisfacción parcial por parte del Estado. Con todo, el Tribunal entra en el fondo del asunto respecto a la perseguibilidad de los delitos y reafirma la tesis de la prohibición de aplicación retroactiva establecida por la AN. En cuanto a la Ley de Amnistía, afirma que se trata de “una Ley vigente, cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva al Parlamento”, y que fue adoptada en el contexto de una transición, que no se priva de calificar como “modélica”.

IV. Ley penal aplicable y prescripción

La norma que tipifica los delitos contra la humanidad entró en vigor en España en 2003, por lo cual su aplicación a hechos anteriores plantea el problema de la prohibición de retroactividad. La doctrina al respecto se encuentra dividida, con algunos autores que entienden que la preexistencia de esta categoría delictiva en el derecho internacional permitiría satisfacer las exigencias del principio de lega-

lidad¹⁵ y un sector doctrinal que entiende que el castigo por hechos anteriores a la referida fecha supondría una violación del mencionado principio constitucional¹⁶. Más allá del debate sobre el momento en el que el tipo de delito habría quedado configurado en el derecho internacional consuetudinario hay un problema concreto difícilmente resoluble, que afecta a cuál sería la pena aplicable, lo que afecta a la garantía penal (*nulla pena sine lege previa*). Por ello, vamos a centrarnos aquí en la posibilidad de calificarlos como asesinato o detención ilegal, tipos delictivos previstos en la legislación vigente cuando los delitos fueron cometidos. Por lo demás, una vez asegurado el cumplimiento del principio de legalidad, nada cabría oponer a que los hechos fueran valorados y enjuiciados según los principios propios de un derecho democrático y no según los de un régimen autocrático, siguiendo el criterio establecido por la Corte europea de derechos humanos en el caso de los tiradores del muro de Berlín (sentencia de 22 de marzo de 2001 en el caso de Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania).

En los supuestos en los que no ha podido establecerse la muerte de quienes fueron detenidos arbitrariamente y que por lo tanto cabe considerar como desaparecidos, la calificación como delito de detención ilegal seguida de desaparición forzada plantea el problema de que el actual tipo delictivo de detención ilegal seguida de desaparición forzada (Art. 163 CPE) no existía en el CP de 1932 y el antecesor de este tipo penal fue introducido en el Art. 483 del CP de 1944. Ello permitiría perseguir sólo los hechos cometidos tras la entrada en vigor del Código de 1944, interpretado, según la doctrina anteriormente señalada de la CEDH, a la luz del desarrollo del concepto de desaparición forzada. Los hechos anteriores a esa fecha en que no pudiera declararse la muerte solo podrían ser calificados como detención ilegal.

No hay duda que por esta vía no podría asegurarse la persecución de las torturas, cometidas durante toda la dictadura, ya que este delito no estaba tipificado en el Código Penal vigente al tiempo de la comisión y en todo caso las penas que hubieran podido imponerse, si los hechos no iban acompañados de lesiones, homicidio o detención ilegal, eran muy leves.

Llegados a este punto, la controversia gira en torno al problema de la prescripción. En el plano teórico-doctrinal no hay acuerdo respecto a la naturaleza procesal o sustantiva de esta institución. Para quienes entienden que es predominante su carácter procesal, la prohibición de aplicación retroactiva de las normas que

15 Vid. en este sentido PIGRAU, S., *La jurisdicción universal y su aplicación en España*, Barcelona, 2009, p. 130; OLLÉ, S., M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid, 2008, pp. 64 - 66, o ZAPICO, B., M. "Investigating the Crimes of the Franco Regime: Legal possibilities, obligations of the Spanish State and duties towards the victims", *International Criminal Law Review* 10, 2010, pp. 245 - 246.

16 Vid. en este sentido GIL, G., cit., pp. 114 - 121.

supongan una modificación desfavorable, como la declaración de imprescriptibilidad introducida en el CPE en 2003, debe justificarse acudiendo a los derechos constitucionales y las garantías jurídicas que puedan verse involucradas y al fundamento de la prescripción. Desde el punto de vista de las garantías jurídicas, parece claro que puede vulnerarse la seguridad jurídica y la confianza en el orden jurídico si se pretende aplicar retroactivamente una norma que extiende el término de prescripción una vez el delito ya habría prescrito, puesto que ello habría generado en el sujeto una legítima expectativa de no persecución del delito. Sin embargo, es más dudoso que se hubiera producido alguna vulneración de las garantías si la reforma normativa es anterior al momento en que hubiera expirado el plazo de prescripción. En tal caso resulta necesario conocer cuál es el fundamento de esta institución, lo cual plantea un interesante debate que remite al núcleo de la problemática de la justicia transicional.

No es el objetivo de este trabajo descender al detalle sobre el debate en torno al fundamento de la prescripción del delito. Si una conclusión clara cabe extraer del mismo es la necesidad de reconocer que no existe un fundamento único y que su razón de ser tiene relación esencialmente con la falta de necesidad de la pena, por razones vinculadas a la satisfacción de los fines de la pena y a las dificultades de llevar a cabo el proceso. Entre las aludidas razones estaría la consideración de que el hecho es percibido como pasado,¹⁷ y las necesidades de estabilización y de restauración de la confianza normativa han cesado o se han reducido significativamente. Ello puede tener que ver con el olvido colectivo de los hechos o con la superación de los efectos del mismo por parte de las víctimas, la clausura y el cierre de las heridas. Este argumento puede llevar sin excesiva dificultad a sostener que la evolución social comporte un cambio esencial en el modo de elaborar el pasado y se tome una decisión de construir una sociedad democrática haciendo aflorar un pasado traumáticamente silenciado, en la que existan demandas de justicia derivadas de haber cerrado en falso el pasado. Si a ello se agrega el descubrimiento de nuevas técnicas que faciliten la obtención de pruebas, como el ADN, que permiten superar las dificultades de un proceso penal incoado mucho tiempo después de la comisión del delito, la aceptación de excepciones a la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes de prescripción puede resultar más justificada.

Al margen de que se esté dispuesto o no a aceptar tal clase de excepciones, debemos referirnos a otra especificidad transicional que podría haber tenido más

17 Vid, en este sentido RAGUÉS, V., R., *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Barcelona 2004, pp. 51 y 56. El autor alude a la conversión en pasado, a que el hecho ha pasado a ser historia, como una de las explicaciones del fundamento de la prescripción del delito.

trascendencia en el caso español de haber sido tenida en cuenta en el momento oportuno. El enjuiciamiento de delitos cometidos desde el poder en una dictadura plantea una obvia situación de excepcionalidad. En España durante el franquismo no existían las condiciones fácticas para ejercer la acción penal por esta clase de delitos. Ello ha sido tenido en cuenta por el TS en el orden civil, al establecer que el cómputo del tiempo de prescripción para la reclamación de propiedades ilegalmente apropiadas durante la Guerra Civil o los primeros años del franquismo debe iniciarse desde la fecha de la entrada en vigor de la Constitución (29 de diciembre de 1978). El mismo criterio debería haberse adoptado en el orden penal, como se hizo en Alemania en el enjuiciamiento de los tiradores del muro de Berlín, sin que pueda considerarse que con ello se produce vulneración del principio de legalidad.¹⁸ De este modo, hubiera sido posible abrir procesos penales en los primeros años de régimen democrático, pero no ahora, dado que han transcurrido ya más de los 20 años que el CPE 1944 establecía como tiempo de prescripción del asesinato.

Distinto sería el caso de las detenciones ilegales seguidas de desaparición, en que la naturaleza jurídica de delito de consumación permanente determina que el cómputo del plazo de prescripción no se inicie hasta el momento en que finaliza el estado antijurídico de privación de libertad. Pero la valoración del problema de las desapariciones forzadas resulta extremadamente compleja. En los supuestos de detención ilegal o secuestro, el estado antijurídico permanece vivo durante todo el tiempo en que se prolonga la privación de libertad bajo el control del autor, pues resulta fácil aceptar la idea de que se sigue consumando el delito en la medida que sigue ejerciendo el dominio del hecho objetiva y subjetivamente, con un dolo simultáneo al hecho que se sigue consumando. Pero la situación es distinta en los casos de desaparición forzada y para resolver el problema es necesario distinguir dos dimensiones. En primer lugar, la desaparición es esencialmente una “situación jurídica” caracterizada por la incertidumbre respecto a al destino de quien ha sido ilegalmente privado de libertad, de modo que su situación es la de “desaparecido” porque no existe certeza respecto a si está vivo o muerto (incerteza que podría hipotéticamente alcanzar, en caso de estar vivo, a si está libre o en poder de sus secuestradores). Sin embargo, la desaparición entraña también una dimensión fáctica consistente en la victimización indirecta producida sobre las personas cercanas al desaparecido, victimización de carácter psíquico producida por la imposibilidad de cerrar la herida y elaborar el duelo. Así se reconoce en el Art. 15 de la Convención Internacional para

18 De otra opinión es GIL, G. (cit.), quien considera que al no ser un supuesto de interrupción expresamente previsto por la ley se incurriría en una vulneración del referido principio.

la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada de 6 de febrero de 2007, según la cual “se entenderá por ‘víctima’ la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada”. Por otra parte, no puede olvidarse que el carácter permanente se predica del resultado, no de la acción, y en los delitos de resultado, que admiten el fraccionamiento espacio-temporal entre resultado y acción, se acepta que el inicio del plazo de prescripción se inicia en el momento de la consumación, incluso en los supuestos de daños producidos a largo plazo.

Con razón muchos han considerado escandalosa la pasividad del Estado ante el asesinato masivo de personas cuyos restos fueron depositados en fosas comunes. Durante muchos años, los gobiernos democráticos no han emprendido acciones para conocer su paradero, identificar los restos, establecer su situación jurídica y dar la oportunidad a sus familiares de enterrarlos. El intento de cerrar el asunto desde la Fiscalía alegando que la muerte de esas personas, nunca investigada ni oficialmente reconocida, es un “hecho notorio”, muestra una enorme fragilidad. Puede parecer artificioso e irreal seguir sosteniendo en la actualidad la tesis de una consumación perpetua, pues hay indicios de que en su mayor parte los desaparecidos estaban muertos desde el primer momento y además, pese a su dimensión fáctica, la condición de desaparecido no es inmune al paso del tiempo, de modo que, como ha reconocido la Corte Europea de Derechos Humanos, cuanto mayor sea el tiempo transcurrido mayor es la probabilidad de que la persona esté muerta. No obstante, por muy artificioso que pueda parecer, la situación jurídica de muchas de las víctimas de la feroz represión franquista es la de desaparecidos, hasta el punto de que no se había producido la declaración oficial de fallecimiento, como se ha hecho patente mediante la aprobación de la disposición adicional 8ª de la Ley de Registro Civil del 21 de julio de 2011, promovida por las asociaciones de recuperación de la memoria histórica, en virtud de la cual resulta ahora posible inscribir el fallecimiento sin necesidad de resolución judicial, con lo que los desaparecidos pueden pasar, pese a la inexistencia de prueba judicial de la muerte o proceso judicial de declaración de fallecimiento, a ser reconocidos como fallecidos y no como ausentes. Por lo tanto, resulta plenamente razonable la aplicación de lo dispuesto en el Art. 132 del CPE respecto a que el cómputo del plazo de prescripción se hará desde el momento en que cesa la situación antijurídica. La Convención Internacional de 2007 confirma este criterio en su Art. 5 al prever que, sin perjuicio de la aplicación del régimen de imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, “cada Estado parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición for-

zada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito”. No habiéndose establecido oficialmente el destino de estas personas ni existiendo norma alguna que fije un límite temporal, hay que concluir que el único límite a la perseguibilidad es, al menos de entrada, el que supone la posibilidad de enjuiciamiento de responsables vivos de los hechos y la disponibilidad de material probatorio. Solo después de un proceso en que se pudiera hacer constar como probada la fecha del fallecimiento de la víctima podría declararse extinguida la responsabilidad penal por prescripción del delito.

V. Amnistía

La garantía de no impunidad y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación son en la actualidad principios jurídicos asentados en el derecho internacional. Por ello las autoamnistías y las amnistías incondicionadas son en general rechazadas.¹⁹ Cuestión distinta es si debía considerarse ilegítima la Ley de Amnistía cuando fue aprobada y, en caso afirmativo, si algún órgano interno podría declararla nula. Niega esta posibilidad Gil,²⁰ advirtiendo que no sería suficiente declarar la referida ley meramente “derogada” como consecuencia de la posterior evolución del derecho internacional, dado que la misma ya habría agotado sus efectos al producirse la extinción, en el momento de su entrada en vigor, de las posibles responsabilidades penales. Por esta razón en Argentina se acudió al remedio de considerar las leyes de punto final y de obediencia debida como “leyes de *facto*” para poder ser después declaradas nulas y carentes de efectos jurídicos.²¹

Es razonable la tesis que sostiene que la Ley de Amnistía no puede ser declarada nula por ilegitimidad sobrevinida, pues ello implicaría la aplicación retroactiva de una norma de Derecho internacional consuetudinario cuya existencia en el momento en que la Ley fue dictada era dudosa. A la vez, buena parte de la doctrina destaca el carácter excepcional de la amnistía, que sólo estaría justificada por razones extraordinarias de necesidad y en la medida que con la misma se consigan los objetivos de pacificación y reconciliación y no se desatiendan las exigencias de

19 Vid. FREEMAN, M., *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, 2009, pp. 32 ss.

20 Vid. GIL, G., cit., p. 133.

21 Vid. NINO, C. S., “The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina”, en KRITZ (ed), *Transitional Justice...*, cit, pp. 434-436.

justicia y reparación a favor de las víctimas.²² A partir de las anteriores premisas, la solución al dilema puede pasar por una interpretación restrictiva de la Ley, que atienda al contexto en que la misma fue aprobada, una vez España había ratificado el PIDCP de 1966 (BOE 30 de abril de 1977). La aprobación de la amnistía meses después de la referida ratificación no es algo que, en un análisis jurídico, quepa atribuir simplemente a una incoherencia política, sino que constituye una circunstancia decisiva que enmarca el contexto en que debe efectuarse la interpretación de la norma, pues el Pacto impone a los Estados el deber de investigar las violaciones de derechos humanos y de ofrecer recursos a las víctimas.

Bien es cierto que el Pacto (Arts. 2, 3 y 15-2) no establece propiamente una obligación de perseguir penalmente los hechos y que, además, la interpretación debe partir de la base de que el ámbito de los delitos amnistiados está descrito en términos amplios. Así, no cabría considerar excluidos sin más de la amnistía todos los delitos cometidos desde el poder, ya que la propia Ley incluye precisamente el delito de rebelión, lo cual tendría como destinatarios aquellos que protagonizaron la sublevación militar contra la República. También están expresamente previstos como objeto de amnistía los delitos que hubieran podido cometer las autoridades, funcionarios y agentes con motivo u ocasión de la investigación y persecución de ciertos actos, lo cual impide excluir de la amnistía supuestos de tortura y delitos relacionados, máxime si también se tiene en cuenta que la Convención que obliga a los Estados a perseguir la tortura es de 1984.

En todo caso, las anteriores cautelas no son obstáculo para concluir que los crímenes más graves perpetrados u ordenados por las autoridades contra la población civil quedan fuera del alcance de la Ley de Amnistía. Al no estar incluidos ni en el preámbulo ni en el texto de la Ley, ni tampoco en los decretos que la precedían, puede entenderse que están implícitamente excluidos. El concepto de delito político es un elemento clave en la aplicación de la Ley de Amnistía. Garcés ha argumentado que los jueces deben interpretar la ley a la hora de valorar si se encuentran ante un delito político.²³ Para sostener que los delitos contra la humanidad no pertenecen a la esfera de delitos políticos no es necesario que esta tipología conceptual estuviera precisamente delimitada al tiempo de comisión, pues los hechos en sí, sea cual fuera su categorización legal, iban más allá de lo que cabe

22 Vid. recientemente en este sentido LASCURAIN, J. A., "Los límites de la amnistía", en *Doctrina penal* N° 28, 2011, p. 95 ss, aunque sin referirse a los intereses de las víctimas establecidos en las declaraciones internacionales anteriormente citadas.

23 GARCÉS, J., "La Ley Española 46/1977 de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad", 2010, www.rebellion.org/docs/105976.pdf (consultada el 03/05/2014).

atribuir a la idea de delito político. La amnistía por delitos políticos es una manifestación de una actitud liberal que preconiza un trato favorable a esta clase de delitos en determinados contextos, como es el propio de los procesos de transición. Su razón de ser político-criminal es la de dispensar un trato indulgente respecto a quienes hubieran actuado ilegalmente por “motivos nobles” o bien en un contexto de conflicto civil y enfrentamiento recíproco o en un *status quo* en el que la participación política por medios pacíficos no era posible, como sucede en el contexto de un régimen autocrático.

En el caso español, extender la amnistía hasta los más graves crímenes de abuso de poder cometidos unilateralmente contra la población estaría fuera del contexto en que se aprobó la Ley de Amnistía. Debe recordarse que esta fue una respuesta a las demandas ciudadanas de liberación de los presos políticos, con el propósito de superar las limitaciones de los decretos de 1976 y marzo de 1977. Su origen estuvo en una proposición de ley impulsada por los partidos que no habían tenido vinculación con el franquismo, que fue negociada con el partido mayoritario (UCD) y experimentó modificaciones, de modo que en su versión final incluyó, entre otros, la rebelión, los “delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades y empleados públicos en la investigación y persecución de los actos incluidos en la ley” y “los delitos cometidos por funcionarios en violación de los derechos de las personas”. Estos supuestos fueron añadidos a los delitos puramente políticos y fueron asumidos por los promotores de la amnistía como concesión para facilitar el consenso. Los principales actores de la negociación asumieron también que la amnistía alcanzara a los delitos de sangre, sin limitación temporal, incluidos, por lo tanto, todos los asesinatos cometidos por ETA y otras organizaciones terroristas en los últimos años del franquismo y los primeros del período transicional.

La proposición de ley de amnistía se tramitó con gran celeridad y escaso debate. En las intervenciones de los portavoces prácticamente no hubo referencias a los delitos cometidos por los servidores del régimen franquista. Los portavoces insistían en las ideas de reconciliación, de olvidar el pasado y mirar hacia el futuro. Marcelino Camacho, representante del Grupo comunista, afirmó que “*nos hemos matado unos a otros*” y ahora “*hemos enterrado nuestros muertos y nuestros rencores del pasado*”, defendiendo con entusiasmo una amnistía “para todos”. El socialista Txiki Benegas aseguraba que “la sola idea de poder conquistar de nuevo la libertad perdida acalla y hace olvidar los sufrimientos soportados” y Xavier Arzallus, en representación del grupo vasco-catalán, apelaba al “*mutuo olvido*”, dado que “hechos de sangre ha

habido *por ambas partes*”²⁴ Finalmente, la ley se aprobó con 296 votos a favor, 2 en contra y 18 abstenciones, del partido derechista Alianza Popular y algunos partidos de izquierda integrados en el Grupo mixto.

Un dato relevante es que los diputados apenas distinguieron entre la Guerra Civil y el franquismo y obviaron toda alusión expresa a los crímenes cometidos de forma masiva una vez terminada la guerra. En todo caso, poco puede aportar una especulación sobre la voluntad legislativa en puros términos de una interpretación subjetiva. Según una interpretación objetiva basada en criterios teleológico-sistemáticos no parece viable equiparar los casos de violaciones masivas de derechos humanos con los delitos políticos que desde el principio habían sido el objetivo de la iniciativa legislativa. La interpretación sólo puede hacerse en el contexto normativo trazado por la Declaración de Derechos Humanos (1948) y desarrollada por la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) y el PIDCP, ambos ratificados por España en 1977. En tal contexto no tiene mucho sentido entender que el Parlamento surgido de las elecciones de 15 de junio de este mismo año estuviera acordando amnistiar delitos de genocidio y contra la humanidad sin referirse explícitamente a los mismos.²⁵ Si nos situamos en el marco valorativo en el que la Ley fue adoptada, al tiempo en que el primer Parlamento democrático se disponía a erigir un nuevo régimen fundado en el respeto al derecho y a los derechos humanos, no puede interpretarse que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad estuvieran incluidos entre los “delitos de intencionalidad política”. La definición de los delitos contra la humanidad se produce en el Estatuto de Roma (1998) y en el CPE (2003) sobre la base de la idea que se había ido forjando ya en el derecho internacional, lo cual hace visible que la conceptualización de esta clase de delito representa una contradicción con todo intento de concebirlo como un delito político en el sentido propio de la tradición liberal que acepta la oportunidad de un trato indulgente respecto a estos crímenes.

Esta interpretación de la Ley de amnistía permitiría perseguir los delitos no prescritos, que hoy en día serían las detenciones ilegales seguidas de desaparición forzada cometidas a partir de 1944, a las que nos hemos referido con anterioridad. La persecución sería teóricamente posible porque se trataría de delitos no cubiertos por la Ley de amnistía, no por considerar que los mismos se seguirían cometiendo después de la aprobación de la citada Ley, pues esta adopta expresamente como *tempus commissi delicti* la tesis del acto, no la del resultado.²⁶ La imposibilidad de

24 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 24, de 14 de octubre 1977.

25 Vid. GARCÉS, cit.

26 Esta es la opinión de RODRÍGUEZ, A., M. A. “La nueva ley de la memoria y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos en el caso de los desaparecidos

persecución sería en este caso, ya a estas alturas, de índole práctica, pues el tiempo transcurrido habrá hecho inviable la sumisión a juicio de los responsables intelectuales y materiales de los hechos.

Por otra parte, en lo que respecta a los delitos que quedan bajo la cobertura de la Ley de Amnistía del 15 de octubre de 1977, cabe tener presente que su aplicación, con la consiguiente declaración de extinción de la responsabilidad penal, debe ser decidida en cada caso por el juez después de haber incoado un procedimiento penal en el cual debe fijarse: a) el hecho delictivo descrito en sus aspectos esenciales; b) la identidad del autor u otras personas indiciariamente responsables de los hechos delictivos y c) la motivación política. Lamentablemente en España ha predominado durante los años de vigencia de la Ley de amnistía una ignorancia o desconsideración respecto a la forma en que debe ser aplicada, a tenor de los que dispone su Art. 9, según el cual “solo los jueces y Tribunales pueden decidir en cada caso la aplicación de la amnistía. Para ello deben adoptar, de acuerdo con la ley procesal y con carácter de urgencia, las decisiones pertinentes según esta Ley”.²⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, ante los delitos no prescritos caben dos actitudes: la negación del carácter político del hecho, lo que permitiría iniciar un proceso penal en el que podrían llegar a imponerse sanciones penales, o el reconocimiento del carácter político con el objetivo de lograr una resolución de carácter interlocutorio que ponga fin al proceso. En esta resolución pueden quedar fijados los hechos, con lo que se puede ofrecer una satisfacción moral a las víctimas o sus descendientes y dar contenido efectivo al derecho a la verdad. Esta vía se ha intentado en algún caso, con poco éxito.

VI. Respuestas extrajudiciales

De lo examinado hasta el momento cabe concluir que las posibilidades de perseguir los delitos del franquismo se han ido desvaneciendo con el paso del tiempo, en parte por razones jurídicas y, sobretudo y definitivamente, por razones fácticas, dada la inviabilidad de someter a juicio a presuntos responsables que pudieran estar vivos y en condiciones de afrontar un juicio. Por ello, aunque hubiera un clima político más receptivo del que hay actualmente en España, propuestas como la efectuada en 2014 por el relator especial de Naciones Unidas, Pablo de Greiff, de que el Estado derogue

del franquismo”, en *Jueces para la Democracia*, N° 63, 2008, pp. 68 - 85. Según el autor, dada su condición de delito permanente las detenciones ilegales seguidas de desaparición se seguirían cometiendo después de la Ley de amnistía. El argumento no puede compartirse, pues no se corresponde con el enunciado de la Ley de amnistía. Ésta dispone que a los efectos previstos en la ley los delitos se entenderán cometidos al momento de la realización de la acción. El resultado que alcanzamos es sin embargo el mismo, considerando que tales delitos no están amnistiados.

27 Vid. en este sentido GARCÉS, cit.

la Ley de Amnistía para permitir el juzgamiento de los crímenes del franquismo, están lamentablemente condenadas a estrellarse con la realidad.²⁸

El Estado democrático desaprovechó la oportunidad de iniciar un proceso penal en el que hubieran podido investigarse y en su caso ser condenados algunos de los responsables (no ya el dictador y otros dirigentes principales que habían muerto antes del fin de la dictadura) de los asesinatos masivos cometidos en los primeros años del régimen de Franco, delitos que hubieran podido ser calificados como asesinato y considerados no prescritos ni cubiertos por la Ley de Amnistía. Hoy cabría sustentar teóricamente la oportunidad de una persecución por los delitos de detención seguida de desaparición forzada, particularmente aquellos cometidos después de 1944, solo en el hipotético caso que tras la investigación de los hechos no pudiera establecerse que la víctima hubiera sido asesinada (por no haberse identificado los restos), algo que provocaría la paradoja procesal de que la defensa estuviera interesada en probar el asesinato para favorecer la aplicación de la prescripción, lo cual podría tener la ventaja de que favorecería un medio pactado de establecer la verdad a través del proceso penal. En todo caso, nos movemos en el terreno de lo puramente hipotético, pues la hora de la justicia penal ya ha pasado. Una excepción sería el caso de las adopciones ilegales de niños realizadas a lo largo de la dictadura que no quepa atribuir a una directa intencionalidad política, en cuyo caso puede haber incluso posibilidades reales de persecución de los hechos menos lejanos.

Estas conclusiones pueden generar sentimiento de impotencia en aquellos que confían en el derecho penal como el gran recurso para satisfacer las demandas de justicia, aunque de hecho no hacen sino confirmar los límites del mismo, ya de sobra conocidos en la teoría jurídica. Sin duda uno de los límites intrínsecos es el tiempo, como aquí se ha podido comprobar. Ello obliga a mirar hacia otros mecanismos, básicamente de carácter extrajudicial, que remiten a otras concepciones y rostros de la justicia. La aprobación en 2007 de la Ley de Memoria Histórica ha representado una ocasión perdida para crear una comisión de investigación oficial de carácter no jurisdiccional e independiente, que podría estar formada por juristas y otros especialistas de reconocido prestigio (historiadores, médicos forenses...) con el encargo de realizar un relato de la victimización producida durante la Guerra Civil y el franquismo.

Dado el tiempo transcurrido y la extensión de los casos a estudiar, sería necesario desarrollar un modelo propio, no coincidente con el de las comisiones de la verdad con poderes para-judiciales de investigación. Se trataría de una comisión que partiera de los datos ya conocidos por la ciencia y tuviera ciertos poderes de investigación,

28 Vid. http://politica.elpais.com/politica/2014/02/03/actualidad/1391443224_877477.html.

como la dirección de la apertura de las fosas e identificación de los restos.²⁹ A esta propuesta se objetará probablemente que ello supondría que la política se arrojará el papel que corresponde al historiador o se advertirá del riesgo de querer imponer una verdad oficial. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el historiador carece de ciertos poderes que pertenecen a la potestad del Estado y, por otra parte, este no puede abstenerse de su deber de promover el conocimiento de la verdad, lo cual no restringe la libertad de interpretación de los hechos históricos ni excluye, sino que facilita la posibilidad de elaboración de un relato personal, familiar o ideológico.

Puede sorprender a muchos que la propuesta de una comisión de este tipo no haya estado en la agenda política ni incluso haya tenido gran difusión mediática. Además de las propuestas en el ámbito académico,³⁰ cabe señalar algunos hechos aislados: hubo una propuesta de hacer un informe presentada en 2004 por el grupo Convergencia i Unió en el Parlamento del Estado, que no fue aceptada.³¹ El 28 de noviembre de 2008 el Parlamento vasco aprobó una proposición de ley solicitando al Estado la creación de una comisión de la verdad.³² En el plano del activismo social, diversos grupos han creado en mayo de 2013 una plataforma para la creación de una comisión de la verdad.³³ No hay indicios de que una iniciativa como esta sea tomada en serio como merece por los actores políticos, que serían los que deberían llevarla al Parlamento. La forma de llevarla a cabo podría ser una modificación de la Ley de Memoria Histórica.

29 Me he ocupado con mayor detalle del estudio de las comisiones de la verdad en el plano internacional en TAMARIT, "Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición", *Indret* 2010, N° 1: www.indret.com.

30 GIL, G., cit., pp. 154 - 155; DE LA CUESTA, A., J. L., "Spain", en BASSIOUNI, Ch., *The Pursuit of International Criminal Justice. A World Study on Conflicts. Victimization and Post-Conflict Justice*, v. 2, Antwerp / Oxford 2010, p. 1000; y TAMARIT, S., "Historical Memory...", cit., pp. 180-184.

31 Vid. AGUILAR, P., RAMÍREZ, B., C., "Amnesty and Reparations without truth and Justice in Spain", en WOUTERS, N., *Transitional Justice and Memory in Europe (1945-2013)*, Cambridge, Antwerp, Portland 2014, p. 212.

32 Vid. LANDA, G., J., "Bases para la puesta en marcha de una Comisión de la Verdad en Euskadi", Dirección de Derechos humanos. Departamento de Justicia, empleo y seguridad social, Vitoria-Gasteiz 31 marzo 2009.

33 Plataforma por la Comisión de la Verdad de los crímenes del Franquismo: <http://comisionverdadfranquismo.com/>