

Los crímenes del franquismo y el derecho internacional*

The crimes of Franco regime and international law

Pedro López López**

Resumen

En los últimos años ha ido tomando más y más fuerza en España el movimiento denominado «recuperación de la memoria histórica», que pretende tanto revisar la historia de la guerra civil española, el exilio republicano y el posterior período de dictadura (1939-1975), dando a conocer hechos silenciados y hechos tergiversados pertenecientes a este largo período, como rehabilitar a las víctimas defensoras del régimen democrático y legal que sucumbió debido a un golpe de Estado perpetrado en 1936 por militares y elementos civiles y religiosos que traicionaron a la República Española. Para las víctimas, los movimientos memorialistas piden «verdad, justicia y reparación», tres elementos no arbitrarios, sino emanados de las directrices del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Palabras clave

Franquismo, dictadura, memoria histórica, verdad, justicia, reparación.

* Este artículo parte de un trabajo presentado para superar el Curso de Especialista en Derecho Penal Internacional (UNED-IUGM, 2010-2011). Agradezco al profesor Javier Chinchón Álvarez su labor de tutoría, y también debo agradecer a algunas personas que leyeron este artículo y me aportaron correcciones de erratas, comentarios o datos de interés: Antonio Cruz González, Mirta Núñez Díaz-Balart, Rafael Escudero Alday y María Dolores Grandal Martín.

** Profesor Titular de la Universidad Complutense. Correo electrónico: plopez@pdi.ucm.es

Abstract

In recent years it has been gaining more and more strength movement in Spain called «recovery of historical memory», which aims both to review the history of the Spanish Civil War, Republican exile and subsequent period dictatorship (1939-1975), revealing facts silenced and misrepresented facts belonging to this long period, such as the rehabilitation of victims of human rights defenders legal and democratic regime succumbed to a coup in 1936 by the military and civil and religious elements who betrayed the Republic Spanish. For victims, ask memorialists movements «truth, justice and repair» three elements not arbitrary, but the guidelines issued International Law of Human Rights

Key words

Franquismo, dictatorship, historical memory, truth, justice, reparation

«Todo aquello que está debajo de la tierra, el tiempo lo sacará a la luz del sol»
Horacio

«Indiferencia y crimen son lo mismo»
Mark Edelman (superviviente del gueto de Varsovia)

Introducción

En los últimos años ha ido tomando más y más fuerza en España el movimiento denominado «recuperación de la memoria histórica», que pretende tanto revisar la historia de la guerra civil española, el exilio republicano y el posterior período de dictadura (1939-1975), dando a conocer hechos silenciados y hechos tergiversados pertenecientes a este largo período, como rehabilitar a las víctimas defensoras del régimen democrático y legal que sucumbió debido a un golpe de Estado perpetrado en 1936 por militares y elementos civiles y religiosos que traicionaron a la República Española. Para las víctimas, los movimientos memorialistas piden «verdad, justicia y reparación», tres elementos no arbitrarios, sino emanados de las directrices del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El único intento que un juez español ha llevado a cabo para investigar los crímenes cometidos por el bando franquista ha terminado con su procesamiento y apartamiento de la carrera judicial, lo que no ha impedido que el Gobierno español haya contestado el pasado 6 de julio de 2011 al exhorto de la jueza argentina Servini de Cubría que instruye la querrela interpuesta en Argentina el 14 de abril de 2010¹ por los crímenes del franquismo, que España está investigando, una contestación que llega a sorprender por su grado de cinismo. La persecución del juez Garzón ha motivado los apoyos a este de un amplio abanico de organizaciones, tanto del ámbito jurídico como del ámbito de la defensa de los derechos humanos y de la memoria histórica: la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Amnistía Internacional, la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), la Coordinadora de Asociaciones para la Memoria Histórica y Democrática de Madrid (agrupa a decenas de organizaciones), etc. En el ámbito internacional, lo que ha sucedido en España con el intento de investigar los crímenes del franquismo ha resultado escandaloso, y en gran medida ha motivado la presentación de la querrela en Argentina el 14 de abril de 2010. Esta querrela, a diferencia de los autos de Garzón, que contemplaban

¹ El exhorto de la jueza María Servini de Cubría, enviado el 14 de octubre de 2010 puede consultarse en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/Exhorto%20Servini%20de%20Cubria.pdf>; la respuesta del Gobierno español, en www.elclarin.cl/images/pdf/ARGENTINARespuetadeEspaexhorto141020106072011.pdf

los hechos acaecidos entre 1936 y 1952, alarga el período hasta el 15 de junio de 1977, fecha de celebración de las primeras elecciones democráticas tras el franquismo.

Como los magistrados De Prada, Bayarri y Sáez dicen en su voto particular discrepante del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008, declarando la incompetencia del Juez Central de Instrucción nº 5 en el sumario 53/2008, los hechos que relata el sumario del juez Garzón son, «posiblemente», los de «relevancia penal más graves –por su intensidad y su extensión- que se han presentado ante la jurisdicción española». Los magistrados redactan cuidadosamente su voto particular y, dado que los hechos no están probados en sede judicial anteponen el adverbio «posiblemente». Por nuestra parte, a estas alturas de la investigación histórica, si se acude a historiadores del rigor académico de Paul Preston, Francisco Espinosa, Ricard Vinyes, Julián Casanova, Mirta Núñez, Julio Aróstegui y un largo etcétera, no cabe duda de que son los hechos más graves que han sido denunciados en un juzgado. Las decenas de miles de víctimas enterradas en fosas comunes, los miles de niños robados –afortunadamente aquí la Fiscalía del Estado ha tomado cartas en el asunto-, los campos de concentración, las torturas infligidas a miles de presos políticos, la búsqueda y exterminio de los republicanos exiliados (es el caso de Companyns, de Esquerra Republicana, y de Zugazagoitia, del Partido Socialista, devueltos por la Gestapo y los falangistas cómplices en el exterior, para su posterior fusilamiento en España), acreditan la magnitud de la barbarie que vivió España entre 1936 y 1975; barbarie producida no por ningún cainismo ni locura colectiva, sino por la planificación fría de un golpe de Estado que condujo a una guerra civil y un posterior exterminio sistemático de los opositores a un determinado plan político nacional, opositores que a su vez habían defendido la legalidad vigente cuando se produjo el golpe de Estado.

Lo grave de toda esta tragedia es que no se circunscribió a lo que cabe esperar de una guerra civil (aunque no todo cabe en una guerra, como indica el derecho internacional humanitario, ampliamente ignorado por el bando vencedor), sino que, como dice Amnistía Internacional en su primer informe dedicado a las víctimas del franquismo (2005, mayo), una vez

anunciado el fin de la guerra, se dio un periodo de intensa persecución y represalias contra los vencidos y respecto de todas aquellas personas y expresiones de identidad consideradas como una amenaza para el proyecto político franquista. Las autoridades militares controlaron todo lo relacionado con el mantenimiento y salvaguarda del orden público, prolongando, por un lado, el estado de guerra hasta el 5 de marzo de 1948, para luego mantener competencias políticas y jurisdiccionales, actuando en términos sustanciales al margen de cualquier control de carácter civil.

La represión desatada duró casi cuarenta años, con procesos que duraron hasta bien avanzados los setenta: el magistrado Ramón Sáez refiere en un artículo reciente 124 condenas a civiles en 1977 y 148 en 1978, condenas por hechos realizados en ejercicio de las libertades democráticas (Sáez, 2009, p. 68).

El régimen de Franco hizo de la violencia, como ha quedado demostrado en la abundante historiografía producida en los últimos veinte años, un pilar básico para su política de Estado, con el objetivo de conservar el poder y sofocar toda resistencia o posible disidencia, negando los derechos básicos de cualquier nación civilizada.

Las víctimas de la represión franquista todavía no han tenido acceso ni a la verdad (reconocida oficialmente, no la que se desprende de la investigación histórica) ni a la justicia (no han tenido recurso efectivo a ella) ni a la reparación (las medidas que se han llevado a cabo son tan mínimas que no cabe hablar propiamente de reparación).

1. La magnitud de la tragedia

El pasado 23 de febrero de 2011, el exfiscal anticorrupción Carlos Jiménez Villarejo publicaba un artículo en el diario El País bajo el título «Un juicio al Tribunal Supremo». En él daba algunas cifras de la magnitud de la tragedia bajo el franquismo. Según él, las propias autoridades franquistas reconocían que en sus cárceles murieron 192.684 personas, la mayor parte de ellas fusiladas. Los historiadores Gutmaro Gómez Bravo y Jorge Marco, en su reciente libro «La obra del miedo» dan la cifra de 1.000.000 de presos entre abril de 1939 y enero de 1940: más 500.000 prisioneros en campos de concentración, 90.000 prisioneros en Batallones de Trabajadores, al menos 47.000 en Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores, más 300.000 en cárceles. Esta cifra de presos es la más alta después de la Segunda Guerra Mundial, superándola solo la Alemania nazi, que contaba con todos los presos de las naciones que invadía, mientras que las cárceles franquistas solo tenía presos del propio país. Otra cifra escandalosa es la del número de defunciones en prisión, cifrado por Gómez y Marco en 150.000 solo entre 1939 y 1940, contando unas 50.000 ejecuciones. «Un millón de presos en España –dicen Gómez y Marco (p.85)- convierten al franquismo en la dictadura más feroz y brutal de todas las conocidas en Europa occidental, a excepción de la Alemania nazi».

El número de desaparecidos, según citaba el artículo de Jiménez Villarejo, se elevaba a 152.237 a finales de 2008, aunque Garzón recoge la cifra de 114.266. Otras fuentes, por ejemplo Espinosa (2010), sitúan este número en torno a 130.000. En todo caso, los historiadores que han trabajado seriamente sobre esta materia, así como Amnistía Internacional y las organizaciones de memoria histórica, consideran que la cifra supera con creces los 100.000, situando a España en un

ominoso segundo puesto mundial en número de desaparecidos, por detrás de la siniestra Camboya de Pol-Pot.

Las cifras de desaparecidos que recoge Garzón en el auto de 16-10-2008, por comunidades autónomas, son las siguientes (a fecha de hoy, esta cifra se ha elevado notablemente por nuevos hallazgos):

Andalucía 32.289 (Almería 373, Cádiz 1.665, Córdoba 7.091, Granada 5.048, Huelva 3.805, Jaén 3.253, Málaga 7.797, Sevilla 3.257).
 Aragón 10.178 (Huesca 2.061, Teruel 1.338, Zaragoza 6.779).
 Asturias 1.246 (Gijón 1.246).
 Baleares 1.777 (Mallorca 1.486, Menorca 106, Ibiza y Formentera 185).
 Canarias 262 (Gran Canaria 200, Tenerife 62).
 Cantabria 850.
 Castilla-la Mancha 7.067 (Albacete 1.026, Ciudad Real 1.694, Cuenca 377, Toledo 3.970).
 Castilla León 12.979 (Ávila 650, Burgos 4.800, León 1.250, Palencia 1.180, Salamanca 650 Segovia 370, Soria 287, Valladolid 2.555, Zamora 1.237).
 Cataluña 2.400.
 C. Valenciana 4.345 (Alicante 742, Castellón 1.303, Valencia 2.300).
 Euzkadi 9.459 (Álava 100, Guipúzcoa 340, Vizcaya 369, Datos del Gobierno Vasco 8.650).
 Extremadura 10.266.
 Galicia 4.396.
 La Rioja 2.007.
 Madrid 2.995.
 Murcia 855.
 Navarra 3.431.
 Ceuta, Melilla y Norte de África 464.
 Oros territorios 7.000.
Total: 114. 266

Otro indicador de la brutalidad del régimen franquista es el número de fosas comunes halladas hasta hoy en España. En mayo de 2011 el Ministerio de Justicia daba cuenta de más de 2.000, de las que solo se habían abierto 250. El mapa de fosas comunes elaborado por el Ministerio (http://mapadefosas.mjusticia.es/exovi_externo/CargarInformacion.htm) tuvo que ser completado con la ayuda de las asociaciones territoriales dedicadas a la reivindicación de la memoria histórica, ya que la comunidades gobernadas por el Partido Popular se negaron a facilitar datos. El número de personas desenterradas se acerca hoy día a 6.000. De ellas, más de 2.800 estaban enterradas en una sola fosa en el cementerio de San Rafael (Málaga).

También hay que anotar otra consecuencia devastadora de la guerra: en palabras de Preston (2011, p. 17), «A más de medio millón de refugiados no les quedó más salida que el exilio, y muchos perecieron en los campos de exterminio nazis».

Por último, otra vertiente de la barbarie vivida en España ha sido el caso de los niños robados a presas republicanas, que ascienden, según documentan los autos de Garzón, a 30.000. Se trata de un delito continuado hasta que no se aclare la identidad robada de esos niños.

El clima de terror que se instaló una vez el franquismo se consolidó es difícilmente parangonable con ningún otro régimen en Europa, salvando el nazi. Los relatos, por miles, son estremecedores. Las situaciones cotidianas de abuso de cualquier autoridad son el pan de cada día. Las llamadas fuerzas del orden

se convierten en señores feudales que no tienen que responder ante nadie porque la justicia es suya. Así, la humillación era un instrumento de relación cotidiano no ya con el vencido y su entorno, sino con el pobre, al que se podía vejar, pisotear, detener... porque era potencialmente disconforme y, sobre todo, porque tampoco tendría que responder de ello (Núñez, 2004, p. 21).

Un pequeño botón de muestra de lo que era una situación cotidiana lo da Mirta Núñez (2004, p. 21) al recoger el testimonio de Luisa Muñoz Martín, una anciana de 81 años (la entrevista es de 2003), que relata esta situación del año 39 o 40:

Un guardia municipal del Puente de Vallecas le dio una bofetada a un niño de seis años que se lavaba los pies en el pilón de la plaza. Yo le dije que el pobre no tenía otro lugar y que había perdido a su madre. Entonces me pegó, me tiró al suelo y me llevó al depósito municipal. Allí estuve más de una semana a la espera de la respuesta del alcalde de mi pueblo sobre mis antecedentes penales. Sólo tenía diecisiete años y menos mal que el alcalde se portó bien.

La situación no es excepcional, pero permite apreciar cuál era el trato que las fuerzas del orden daban a los ciudadanos en multitud de ocasiones, especialmente si a alguno de ellos se le ocurría «levantar la cabeza». Este clima de humillaciones, de vejaciones, de terror (el silencio en las familias represaliadas duró hasta bien entrada la democracia) estuvo «atado y bien atado» durante prácticamente cuarenta años (en las zonas donde el ejército franquista se impuso tempranamente, hay que contar desde 1936).

2. ¿Guerra fratricida o plan deliberado de exterminio?

Estas cifras hacen que cuando se denuncia, por ejemplo, un caso de desaparición en el marco de la guerra civil o la posguerra, o bien de asesinato, no pueda

despacharse como si de un delito común se tratara. El altísimo número de desaparecidos, asesinados, niños robados, torturas y otros delitos, indican que estamos ante un plan de ataque sistemático a una parte de la población, y, por tanto, la calificación de estos delitos es la de crímenes de lesa humanidad (o genocidio, como veremos), por lo que no es posible aplicar la prescripción que resulta aplicable en los delitos ordinarios.

En el prólogo a la edición que el diario «Público» preparó con los dos autos del juez Garzón, de 16-10-2008 y de 18-11-2008, Carlos Jiménez Villarejo resalta que «es ya evidente el papel que representó, desde los inicios de la sublevación, la violencia y la represión como elemento central de la política»; y, citando palabras de un historiador (o historiadora) que no menciona, reproduce el siguiente párrafo: «La violencia fue un elemento estructural del franquismo. La represión y el terror subsiguiente no eran algo episódico, sino el pilar central del nuevo Estado, una especie de principio fundamental del Movimiento». Y así lo dice el propio juez en el primero de los autos, cuando habla en la parte de los Hechos, punto primero, de que los delitos que aparecen en las denuncias que ha recibido se encuentran dentro de la «existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra». También la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) afirma en un dictamen:

Las órdenes impartidas en España desde 1936 por los insurrectos y por la dirigencia que les reemplazó, mediante bandos militares, decretos y otros medios dirigidos a mantener y repetir en el tiempo esas conductas criminales acreditan también que no fueron crímenes ejecutados en un solo acto, ni en un corto período de tiempo, sino que fueron sostenidos en el tiempo repitiéndose con mayor o menor intensidad, en horrenda sucesión, desde la fecha de la insurrección, respondiendo a un plan premeditado... (2008)

No se trata, pues, como se ha querido hacer ver de los lamentables resultados de una guerra civil, no se trata de muertes en combate ni de ningún otro efecto indeseado, sino de resultados buscados por parte del bando rebelde (que llegó a acusar a los defensores de la República de «rebelión») con el objeto declarado de aterrorizar a los ciudadanos que mantuvieran su defensa del orden legalmente establecido.

Tanto los autos de Garzón como la querrela interpuesta en Argentina ponen en evidencia el plan de represión extremadamente violenta puesto en marcha por los rebeldes a la República. En el sumario de Garzón y en la querrela interpuesta en Argentina se recoge pormenorizadamente este plan, que contó con dos instrumentos

fundamentales: los Bandos de Guerra (especialmente el Bando de Guerra de 28 de julio de 1936) y los Consejos de Guerra sumarísimos. La represión se llevó a cabo en tres etapas: 1ª) la represión masiva a través de los bandos de guerra desde el 17 de julio de 1936 al mes de febrero de 1937, 2ª) la de los Consejos de Guerra sumarísimos de urgencia entre marzo de 1937 y los primeros meses de 1945 (Paul Preston, en su reciente libro *El holocausto español* afirma que tras la victoria franquista fueron ejecutados unos 20.000 republicanos), y 3ª) la acción represiva entre 1945 y 1952.

La utilización de una extremada violencia por parte del bando rebelde no es un invento de las asociaciones de memoria histórica, sino que ambos documentos (autos de Garzón y querrela presentada en Argentina), así como abundante bibliografía, recogen testimonios incontestables de las propias filas franquistas. Así, el general Emilio Mola, en la Instrucción Reservada nº 1, de abril/mayo de 1936 dice:

Producido el movimiento (Base 5ª) y declarado el Estado de Guerra... se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo, que es fuerte y bien organizado. Desde luego, serán encarcelados todos los directivos de los Partidos Políticos, Sociedades o Sindicatos no afectos al Movimiento, aplicándose castigos ejemplares a dichos individuos para estrangular los movimientos de rebeldía o huelgas.

Preston (2011, p. 18) también recoge estas palabras de Mola: [hay que] «eliminar sin escrúpulos ni vacilación a todos los que no piensen como nosotros».

«El mismo 17 de julio de 1936, cuando todavía en la península la sublevación militar no pasaba de ser un lejano rumor, fueron asesinadas en localidades del norte de África un total de 189 personas, por mantenerse fieles al Gobierno de España», se recoge también en la querrela interpuesta en Argentina, cita recogida del libro de Benito Díaz *El Período de los huidos en el centro de España*.

La Octava Orden de Urgencia, a cargo de una denominada por los rebeldes Junta de Gobierno, incitaba al terror y al asesinato de personas y destrucción de organismos, diciendo literalmente: «En el primer momento y antes de que empiecen a hacerse efectivas las sanciones a que dé lugar el bando de Estado de Guerra, deben consentirse ciertos tumultos a cargo de civiles armados para que se eliminen determinadas personalidades, se destruyan centros y organismos revolucionarios...»

Iniciada la insurrección, el 19 de julio de 1936 el General Mola afirmaba: «Es necesario propagar una imagen de terror (...) Cualquiera que sea, abierta o

secretamente, defensor del Frente Popular debe ser fusilado...». Y en alocución en Radio Burgos el 31 de julio de 1936 dijo:

Yo podría aprovechar nuestras circunstancias para ofrecer una transacción a los enemigos, pero no quiero. Quiero derrotarlos para imponerles mi voluntad. Y para aniquilarlos.

El testimonio de las palabras del General Queipo de Llano, uno de los rebeldes más sanguinarios, es estremecedor. El 24 de julio de 1936 un bando militar suyo decía:

Serán pasados por las armas, sin formación de causa, las directivas de las organizaciones marxistas o comunistas que en el pueblo existan y en el caso de no darse tales directivas, serán ejecutados un número igual de afiliados, arbitrariamente elegidos.

Y en declaraciones a Radio Sevilla el mismo mes de julio de 1936, exultante, decía:

Yo os autorizo a matar, como a un perro, a cualquiera que se atreva a ejercer coacción ante vosotros: Que si lo hicierais así, quedaréis exentos de toda responsabilidad.

¿Qué haré? Pues imponer un durísimo castigo para callar a esos idiotas congéneres de Azaña. Por ello faculto a todos los ciudadanos a que, cuando se tropiecen a uno de esos sujetos, lo callen de un tiro. O me lo traigan a mí, que yo se lo pegaré.

Nuestros valientes legionarios y regulares han enseñado a los rojos lo que es ser hombre. De paso también a las mujeres de los rojos que ahora, por fin, han conocido hombre de verdad y no castrados milicianos. Dar patadas y berrear no las salvará».

Ya conocerán mi sistema: por cada uno de orden que caiga, yo mataré a diez extremistas por lo menos, y a los dirigentes que huyan, no crean que se librarán con ello; les sacaré de debajo de la tierra si hace falta, y si están muertos, los volveré a matar.

Vemos en estas palabras un odio auténticamente patológico al adversario, además le una invitación al asesinato y a la violación de mujeres. El mismo odio que encontramos en Franco cuando declara ante el periodista Jay Allen, del diario Chicago Daily Tribune: «Nosotros luchamos por España. Ellos luchan contra España. Estamos resueltos a seguir adelante a cualquier precio». El periodista le responde: «Tendrá que matar a media España»; y Franco sonrío y mirándole rremamente replica al periodista: «He dicho que al precio que sea».

En el auto de 16-10-2008, Garzón compara acertadamente el espíritu de estas

declaraciones con la orden del Mariscal Keitel el 23 de julio de 1941 en la Alemania nazi:

A la vista de la gran extensión de las áreas ocupadas en el Este, las fuerzas disponibles para establecer la seguridad en el área solo serán suficientes si toda resistencia es castigada, no dentro de un procesamiento legal de los culpables, sino a través de la diseminación de tal terror por las fuerzas armadas que toda pretensión de resistencia del pueblo será erradicada...

Es evidente el parecido entre estas palabras y las pronunciadas por los mandos franquistas. Gómez y Marco (2011) detallan algunos casos curiosos de personas que habían participado en la represión y luego les pesaba la conciencia, hasta el punto de llegar varias de ellas al suicidio. Pero, para cerrar esta cuestión de la violencia organizada y no como un efecto de la guerra «en caliente», estos historiadores recogen el testimonio de Antonio Bahamonde, delegado de Prensa y Propaganda de la Segunda División, bajo las órdenes de Queipo de Llano en Sevilla. Bahamonde anota en sus memorias: «No ha sido un desbordamiento de Falange o de militares exaltados lo que ha ocasionado tanto crimen, no; no ha sido eso. Ha sido el crimen organizado desde el poder». Para Preston (2011, p. 18), «La represión orquestada por los militares insurrectos fue una operación minuciosamente planificada».

Como vemos, no hacen falta teorías conspiratorias para describir la violencia del régimen franquista; las propias declaraciones y documentos de sus dirigentes dan detallada cuenta de sus intenciones y de su crueldad y falta de piedad con los vencidos. Pareciera, y es un mensaje que se ha perpetuado, que «todo vale» en una guerra. Pero en una guerra no todo vale, como demuestra la existencia del Derecho Internacional Humanitario.

El profesor Rodríguez Arias (2010) se refiere a los antecedentes del Derecho Internacional Humanitario y cuenta que ya en el antiguo Egipto se prescribía liberar a los prisioneros, asistir a los enfermos y enterrar a los muertos. En Persia, el emperador Ciro ordenó prestar a los caldeos heridos la misma asistencia que a sus soldados. En la antigua India, tanto en la «Mahabharata» como en la «ley de Manú», cuenta Rodríguez Arias, estaba prohibido matar al enemigo desarmado o que se rindiera, además de que había obligación de enviar a los heridos a sus hogares después de haberlos curado; igualmente, estaba prohibido declarar una guerra sin cuartel. Las leyes de la guerra, dice Rodríguez Arias, no nacieron en 1945 con la ONU, sino que son muy anteriores. Se estima, según él, que el deber de respetar la vida de los prisioneros y otras normas básicas de humanidad hacia la población civil quedó consagrado definitivamente al menos desde 1785, con el tratado de paz y amistad firmado entre Federico el Grande y Benjamin Franklin. También en el

marco de la Revolución francesa cita un decreto de 2 de agosto de 1793, que establecía obligaciones básicas de protección hacia la población civil. Ya en 1865 hay en Estados Unidos un enjuiciamiento y condena al oficial Hartmann Wirz, responsable confederado del campo Sumter de prisioneros en Andersonville, por abusos criminales y trato inhumano a los mismos.

Para los presos y represaliados republicanos no hubo el más mínimo asomo de humanidad, de piedad, lo que toca el corazón de un concepto muy querido por la clase militar: el honor. El ensañamiento con el vencido no es propio del honor militar, se tenga la ideología que se tenga.

Cabe aquí mencionar el conocido recurso a que los dos «bandos» (en puridad, solo había un «bando», el rebelde; la otra parte era el ejército legítimo) cometieron excesos. Sin entrar mucho en detalle, Preston (2011) estima que el número de víctimas causadas por los republicanos durante la guerra civil está en torno a 50.000, mientras que el de los rebeldes está en torno a 150.000. Y, por supuesto, cabe pedir responsabilidades después de la guerra a quien ocupa el poder y forma gobierno una vez acabado el conflicto bélico. Son los Estados los que deben responder a las obligaciones del derecho internacional.

No nos extendemos más en este punto. El origen ilegítimo y delictivo del régimen de Franco fue ya denunciado por las propias Naciones Unidas en sendas resoluciones de 9 de febrero y de 12 de diciembre de 1946. La primera de ellas [Res. 32(I)], adoptada por unanimidad, hace suya la declaración de Postdam, según la cual el Gobierno español, «habiendo sido fundado con el apoyo de las Potencias del Eje, no posee, en vista de sus orígenes, su naturaleza, su historial y su íntima asociación con los Estados agresores, las condiciones necesarias que justifiquen su admisión». La segunda dice: «Convencidos de que el Gobierno fascista de Franco en España, impuesto por la fuerza al pueblo español... no representa al pueblo español...» (Equipo Nizkor, 2004). Igualmente, esta resolución reproduce las palabras del Subcomité del Consejo de Seguridad encargado de la investigación sobre el régimen franquista: «En origen, naturaleza, estructura y conducta general, el régimen de Franco es un régimen de carácter fascista, establecido en gran parte gracias a la ayuda recibida de la Alemania nazi de Hitler y de la Italia fascista de Mussolini».

Tomando las palabras de Ramón Sáez (2009, p. 62),

no estamos ante un mero problema de desmemoria personal o social, sino frente a un problema que atañe a la calidad de la democracia, al derecho, a los derechos humanos y a la justicia. La higiene pública, la decencia colectiva, exige pequeños ajustes de cuentas con el pasado que ahora se pueden acometer en nuestro país sin riesgo para la convivencia o la estabilidad del sistema.

Por ello, nos planteamos en este trabajo un análisis detallado de los delitos cometidos y la normativa internacional aplicable en materia de derechos humanos. Dicho análisis no puede por menos que provocar la sorpresa por la impunidad que ha prevalecido hasta el día de hoy y por el hecho de que setenta y cinco años después todavía no sea posible la investigación judicial con un número escandaloso de desaparecidos y fosas comunes, así como de niños secuestrados y robados a sus madres, delitos ambos que a fecha de hoy son permanentes, según el derecho internacional. Cabe, sin embargo, matizar que en el caso de los niños robados, el Fiscal General del Estado ha decidido, por fin, tomar cartas en el asunto.

3. Posibles delitos cometidos durante la guerra civil y la dictadura

3.1 Crímenes contra la Humanidad

Aunque estos crímenes recibieron un reconocimiento legal ya en 1868, cuando la Declaración de San Petersburgo prohibió el uso de determinados proyectiles por ser «contrarios a las leyes de la humanidad» (Equipo Nizkor, 2004)², la tipificación internacional se asienta con el Estatuto del Tribunal de Núrnberg, de 1945. Originalmente se refería al «asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma», así como a «la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos». Posteriormente, la Asamblea General de Naciones Unidas, en resolución 95 (11-12-1946) confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Núrnberg y por la sentencia de ese Tribunal, adquiriendo alcance universal. Hoy se utiliza más la expresión de «crímenes de lesa humanidad», y están contemplados en el Código Penal español (art. 607 bis) considerando que son crímenes de lesa humanidad la realización de actos graves contra las personas (tortura, asesinato, detención ilegal, deportación, detención ilegal, esclavitud, delitos sexuales) siempre que se cometan «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella».

Dentro de esta categoría genérica de «crímenes de lesa Humanidad» cabe señalar los principales delitos señalados en los autos de Garzón, en el informe de la Unión Progresista de Fiscales (2009), en el informe del Equipo Nizkor (2004) y en el dictamen de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2008)

² Hay que reconocerle al Equipo Nizkor, dirigido por Gregorio Dionis, el mérito de ser pionero (2004) en un informe exhaustivo de los crímenes cometidos por el franquismo con una perspectiva jurídica. Dicho informe fue presentado por 16 organizaciones memorialistas y apoyado por otras 18 organizaciones, más algunas adhesiones a título individual. Ver referencias bibliográficas.

- Desapariciones forzadas (o detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima (incluyendo robo de niños).
- Torturas y tratos crueles y degradantes.
- Delitos sexuales (violaciones y embarazos forzados).
- Ejecuciones sumarias tras juicios sin garantías.
- Encarcelamientos arbitrarios.
- Trabajos forzados.
- Persecución política, religiosa, racial.
- Privación ilegal o arbitraria de libertad.
- Violación de domicilios, saqueos y confiscación de bienes, propiedades y otros efectos.
- Castigos colectivos.

3.2 Crímenes de guerra

El derecho internacional humanitario regula los conflictos bélicos. La referencia son los Convenios de La Haya (1899, 1907) y de Ginebra (1949), que imponen un trato humanitario a las víctimas combatientes de la guerra terrestre o marítima, a los prisioneros y a la población civil. La base de los Convenios de Ginebra son el respeto y la dignidad de ser humano. En todos los casos se deben salvaguardar los principios de humanidad. Están prohibidos, en cualquier circunstancia, el homicidio, la tortura, los castigos corporales, las mutilaciones, los atentados contra la dignidad personal, la toma de rehenes, los castigos colectivos y las ejecuciones sin juicio previo.

Aparte de los Convenios de Ginebra, los crímenes de guerra se rigen por el Derecho Internacional Consuetudinario (las costumbres de cualquier nación civilizada). Por otro lado, una referencia ineludible que cubre cualquier hueco que pueda haber es la llamada «Cláusula Martens», incorporada en el preámbulo del Convenio de La Haya de 1899, que dice:

Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Por otro lado, la Cláusula Martens declara que *«ningún crimen contra la humanidad podrá quedar impune por no estar previsto en la legislación»*. Esta cláusula nunca ha dejado de estar vigente. Fue ratificada por España apareciendo en la Gaceta

Oficial del Estado de 22 de noviembre de 1900. Por tanto, la cláusula estaba vigente, según la Constitución Española de 1931 (arts. 7 y 65).

3.3 Genocidio

Aunque el delito de genocidio es controvertido, ya que la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), igual que el Código Penal español (art. 607), no contempla los ataques a un colectivo político, sino que se refiere a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, veremos que el tipo penal de genocidio es perfectamente defendible. Lo que caracteriza al delito de genocidio es la intención de destruir total o parcialmente a un grupo. La evolución de la jurisprudencia y de la doctrina ha ido modificando el criterio original para dar cabida a grupos políticos como víctimas de genocidio. El procedimiento que se ha seguido es encajar el tipo de genocidio considerando que se pretende la destrucción parcial de un grupo nacional (en el caso español, los opuestos al proyecto nacional de los sublevados, los defensores de la República). A veces se ha hablado en sentencias y en textos jurídicos de «autogenocidio», por cuanto los perpetradores no estaban intentando destruir su propia nación, pero sí una parte de ella. Es decir, cabe interpretar el concepto de «grupo nacional» en el sentido de grupo unido por cualquier vínculo que forme parte de la nación, que puede ser político o ideológico.

Este criterio ha sido adoptado por organismos competentes de las Naciones Unidas, como en el caso del exterminio de Kampuchea (1975-1979). El Instituto Max Planck para el Derecho Penal Internacional elaboró un dictamen que dio origen al inicio de un proceso penal en Alemania por los delitos de desaparición de personas bajo la dictadura militar argentina, considerando también que era pertinente referirse al delito de genocidio en ese caso.

Pero, además, este criterio no es extraño en España. La causa contra Pinochet se abrió por posible delito de genocidio. Igualmente, en la instrucción que se inició en el caso Guatemala también se calificaron los hechos como constitutivos de posible delito de genocidio. También en el caso Scilingo la causa fue tramitada inicialmente por delito de genocidio, aunque la sentencia no utilizó esta calificación. En este inicio de la causa fue el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el que se refirió al delito de genocidio, considerando que es irrelevante que el Código Penal o la Convención contra el Genocidio no consideren un grupo político como posible victimario. Decía la Sala que hoy día el delito de genocidio requiere que la expresión «grupo nacional» no signifique exclusivamente «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino simplemente «grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo», de manera que no pueda excluirse del concepto el grupo político.

Donde el autor de este trabajo ha encontrado más desarrollo de los argumentos en defensa de la calificación de «genocidio» para hechos como los que se dieron en España, es en el voto particular del magistrado Joaquín Giménez García, en relación con la sentencia del caso Scilingo. En su voto, el magistrado razona que el término «grupo nacional» es demasiado vago y debe ser la jurisprudencia del país la que debe fijar su significado. Menciona en apoyo de esta posición el caso del código penal francés, que en su artículo 211.1, referido al genocidio, incluye la ejecución de un plan concertado tendente a destruir un grupo bajo los criterios étnico, religioso o racial, pero también bajo cualquier otro criterio «arbitrario». También señala en sus razonamientos pronunciamientos de tribunales internacionales, como es el caso del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, que consideró que un grupo puede ser estigmatizado en sentido positivo o negativo, y en este caso, todos los individuos que son rechazados en el grupo [nacional, o de acuerdo con el proyecto nacional que quien tiene poder para estigmatizar define]. El magistrado se refiere por analogía al caso del golpe de estado en Argentina, y dice que el grupo en el poder se definía a sí mismo como los garantes del «alma argentina» y de la «civilización cristiana occidental». Es evidente la analogía con el caso español, ya que los golpistas pretendían representar a los «verdaderos españoles», estigmatizando y persiguiendo a todo aquel que se opusiera a su proyecto nacional, y además liquidando físicamente a ese grupo de opositores. Incluso el magistrado Giménez García llega a citar la definición que la Real Academia Española da de genocidio en su edición de 2001 (XXII), que dice: «exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivos de raza, de etnia, de religión, de política o de nacionalidad...». Se trata de una definición que sigue vigente a día de hoy en el diccionario de la RAE (www.rae.es).

También la querrela interpuesta en Argentina el 14 de abril de 2010 por el jurista Carlos Slepoy Prada considera el delito de genocidio. En el apartado «Calificación de los Crímenes», la querrela razona que, efectivamente, la expresión «grupo nacional» es vaga e indeterminada, por lo que cabe invocar los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), que se refiere a la interpretación de los mismos y a los medios de interpretación cuando alguna expresión sea ambigua u oscura en el sentido o «conduzca a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable», así como la evolución del derecho internacional, para llegar a la conclusión de que no sólo se permite, sino que es obligado «considerar como objeto de protección a todos los grupos humanos que, como tales, se pretende destruir a través del genocidio». Sería absurdo e irrazonable (art. 32) dejar sin protección a los grupos políticos, no estando de acuerdo con la regla general de interpretación (art. 31): «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin».

No parece que sea retorcer mucho lo sucedido cuando Carlos Slepoy, redactor de esta querrela, dice en una entrevista:

En España hubo una planificación estudiada y meditada para perseguir y erradicar a determinados grupos y colectivos con el objetivo de dar origen a otra nación diferente, algo que se logró en gran medida. Eso es un genocidio. Al igual que el nazismo o que la dictadura argentina, los participantes del golpe de estado y la dictadura española buscaban eliminar elementos de una sociedad para crear una sociedad diferente. (Rodríguez, O., 2010)

Por último, cabe citar la opinión de juristas de relieve como el profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, Miguel Ángel Rodríguez Arias (2010), que en diversos escritos defiende la calificación de genocida para el régimen franquista, o la de Joan Garcés (2010), en el mismo tenor.

3.4 Delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno

Los golpistas de 1936 llevaron a cabo un programa insurreccional para acabar con el orden jurídico democrático, el sistema de gobierno republicano y los organismos que lo representaban. Así lo expresan los magistrados De Prada, Bayarri y Sáez en su voto particular discrepante del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2-12-2008, que declara la incompetencia del Juez Garzón en el sumario 53/2008 (auto de 18-11-2008). Los dos autos del juez Garzón se refieren a este delito, vigente en el código penal de 1932. El denominado (por los insurrectos) «Alzamiento» fue el instrumento, dice Garzón en el segundo razonamiento jurídico del auto de 18-11-2008, para que «en un contexto de crímenes contra la humanidad, se produjeran detenciones ilegales sin dar razón del paradero de la víctima (desapariciones forzadas), torturas, tratos inhumanos, asesinatos y el exilio forzado de miles de personas en forma sistemática por razones ideológicas».

Estos delitos (contra Altos Organismos de la Nación y contra la Forma de Gobierno), al aparecer conexos con delitos tan graves como son los crímenes contra la humanidad, no prescriben, al igual que estos, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo citada por Garzón, sentencia TS de 29-7-1988. Es decir, al ser conexos con delitos imprescriptibles, tampoco lo son estos delitos, que se corresponden con delitos encuadrados en el actual código penal en el capítulo II (Delitos contra la Corona).

El voto particular de los magistrados De Prada, Bayarri y Sáez también se refiere a estos delitos, presentes en el código penal de 1932 y también en el actual, en el que «se contempla también como delito contra la Constitución, en su modalidad de rebelión, configurado por el legislador como un precepto penal muy amplio,

omnicomprensivo de todas las posibles modalidades de «rebelión» y «golpismo», incluidas aquellas que en otros códigos anteriores aparecían bajo la consideración de delitos contra las formas de Gobierno» (criterio 1 de atribución de la competencia objetiva a la Sala Penal de la Audiencia Nacional, pág. 8 del documento).

3.5 Terrorismo

El informe de la Unión Progresista de Fiscales (<http://www.upfiscales.com/info/comunicados/uh52.htm>) considera que también cabe aplicar la calificación de terrorismo a los hechos. Es una calificación que se ha utilizado en los procesos contra las dictaduras de Chile y Argentina: realización de actos graves contra la vida, integridad o libertad personal, dentro o en relación con una banda o grupo armado y organizado que opera con cierta permanencia, siendo tales actos de carácter ilegal (no permitidos por el ordenamiento interno, y todo ello con la intención de alterar el orden político o de perturbar gravemente la paz social).

Cuando una organización o institución oficial se aparta de sus funciones institucionales, para las que está legalmente constituida, y se dedica a perpetrar actos delictivos, pierde la consideración de organización institucional y se convierte en una banda ilegal armada. Por otro lado, poner fin al funcionamiento del Parlamento y el Gobierno legítimos y eliminar las garantías individuales implica una finalidad de alteración del orden político democrático. Estos razonamientos fueron empleados por sendos autos de la Audiencia Nacional en los casos de Chile y Argentina, como decíamos más arriba.

También el voto particular de los magistrados De Prada, Bayarri y Sáez se refiere a la pertinencia de esta calificación cuando dicen (criterio 4 de atribución de la competencia objetiva a la Sala Penal de la Audiencia Nacional):

Algunos de los hechos investigados, concretamente acciones militares y paramilitares dirigidas contra la población civil –ataques, represalias y actos de violencia cuya finalidad principal fuera atemorizarla– podrían tener, prima facie, la consideración jurídica de terrorismo y como tales caer de forma incuestionable bajo la competencia de la Audiencia Nacional.

Los magistrados citan la sentencia de 5 de diciembre de 2003 del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, que se refiere a actos de terrorismo sistemático contra la población civil, actos cuyo «principal propósito consistía en causar terror entre la población civil». También se refieren al llamado «terrorismo de guerra», recogido en los Convenios de Ginebra, y al terrorismo de estado, recogido ya en el código penal de 1944 (libro II, título II, capítulo XII)

Los tres primeros tipos de delito (crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio) son crímenes internacionales y como tales tienen las siguientes características y consecuencias jurídicas (Vicente Márquez, en prensa): imprescriptibilidad, imposibilidad de amnistiar o indultar, sujeción a persecución universal (incluidos jefes de Estado), no sometimiento a los principios de cosa juzgada y *non bis in idem*, e imposibilidad de invocar el principio de irretroactividad de la ley penal.

4. Legislación aplicable

Si pensamos en los momentos del llamado por el bando rebelde «Alzamiento Nacional», la normativa aplicable es la Constitución de 1931 y el Código Penal de 1932. Si hubiera que juzgar de acuerdo con la legislación actual, tendríamos que acudir a la Constitución y al Código Penal actuales.

No obstante, vamos a fijar nuestra atención sobre todo en la legislación internacional, que España, como cualquier otro Estado civilizado, está obligada a cumplir. El marco constitucional, tanto republicano como actual, es claro al respecto:

- **Constitución española de 1931:** art. 7: «El Estado Español acatará las normas universales de Derecho Internacional, incorporándolas a su Derecho positivo».

Art. 65: «Todos los convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en ellos se disponga»

- **Constitución española de 1978:** art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.

Art. 96.1: Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Legislación internacional

A continuación se señala la legislación internacional relevante en el tema que nos ocupa, ordenada cronológicamente y señalando los artículos pertinentes.

- **Cláusula «Martens» (1899).** «Ningún crimen contra la humanidad podrá quedar impune por no estar previsto en la legislación». Como se ha comentado en el apartado 4.2., la denominada «cláusula Martens» se incorporó en el preámbulo del Convenio de La Haya de 1899 y fue ratificada por España en noviembre de 1900.
- **Derecho Internacional Humanitario: Convenios de La Haya (1899, 1907) y de Ginebra (1949).** Rigen el trato que hay que dar a heridos y prisioneros de guerra, por un lado, y a la protección que debe recibir la población civil. Los principios de humanidad que intenta aplicar el derecho internacional humanitario establecen que los beligerantes no tienen «un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios para dañar al enemigo» (IV Convenio de La Haya). NO se puede atacar o bombardear ciudades, pueblos, casas, etc. En caso de ocupación de territorios, el ocupante tomará las medidas necesarias para restablecer cuanto antes el orden y la vida públicos, respetando las leyes vigentes en el país, y respetando también «el honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada» (IV Convenio de La Haya). Claramente, la propiedad privada no puede ser confiscada, como lo fue en multitud de familias republicanas.
- **Estatuto de Londres (1945, por el que se crea el Tribunal de Nürnberg (1945)).** Define por primera vez los Crímenes contra la Humanidad como «el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación, y cualquier acto inhumano cometido contra la población civil, antes o durante la guerra, o bien la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos». Por tanto, los crímenes cometidos por las fuerzas franquistas, que incluían asesinato, exterminio de grupos humanos, reducción a la esclavitud, deportación y otros muchos actos inhumanos (saqueos, violaciones a las mujeres, persecuciones por motivos políticos...). El estatuto data de 1945, pero se aplicó retroactivamente a los crímenes del nazismo, es decir, retroactivamente, y ello porque los delitos cometidos ya lo eran desde el derecho internacional consuetudinario.
- **Ley número 10 del Consejo del Control Aliado (1945).** Tipifica los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad en su artículo 2, mejorando su aplicación, ya que no exige la conexión con los delitos de guerra o contra la paz como establecía el Estatuto de Londres.
- **Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).** Artículo I. Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar. Art. II. En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:
 - a) Matanza de miembros del grupo;
 - b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo VII. A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos.

Cabe considerar el delito de genocidio para el caso de los robos de niños, que fueron efectuados anterior y posteriormente a 1948, como está ya ampliamente documentado. Podría considerarse este caso contemplado en el apartado e) (traslado de niños del grupo a otro grupo).

Nürnberg

- **Principios de Nürnberg (1950).** Hablan de «delitos de derecho internacional» (contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad). Principio II: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional... Principio III: No será eximente ser Jefe de Estado u otra autoridad. Principio IV: No se admite la obediencia debida.
- **Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). Artículo 2. Derecho a la vida.** 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena. Artículo 3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Con respecto a los artículos 2 y 3, el TEDH tiene la doctrina de que la vulneración de estos artículos reclama una investigación eficaz por parte del Estado, como explica Garzón en sus autos. Además, el TEDH considera víctima de tortura también a los familiares de un desaparecido, en virtud de la situación de angustia y sufrimiento (p. ej., caso Kurtz contra Turquía, caso Chipre contra Turquía, sentencia de 10-5-2001, citado por Garzón en auto de 16-10-2008) Artículo 7. No hay pena sin ley. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción y o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

El TEDH dice en una sentencia (un caso contra Estonia):

La corte reitera que el artículo 7.2 de la Convención contempla expresamente que tal artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de una persona por cualquier acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuera considerado criminal de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas [...] la Corte hace notar que incluso si los actos cometidos por los recurrentes pudieran ser considerados como legales por la legislación soviética en aquel momento, han sido en todo caso calificados por los Tribunales de Estonia como constitutivos de crímenes contra la humanidad bajo la ley internacional del momento de comisión.

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)**. Art. 6 1. *El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.*
Art. 6.3. 3. *Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.*
Art. 7. *Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.*

En relación con los artículos 6 y 7, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señala que los Estados deben investigar en los casos de desapariciones que puedan implicar una violación del derecho a la vida, y que las quejas de torturas deben ser investigadas rápida e imparcialmente.

- Art. 15.1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*
- Art. 15.2. *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*

En relación con este último artículo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citado por Garzón en su auto de 18-11-2008, ratifica su objetivo cuando en la sentencia dictada en el caso Kolk y Kislyiy vs. Estonia «hace referencia a esta materia señalando que nada impide el juicio y castigo de una persona culpable

de una acción u omisión, que en el momento de cometerse, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas», y esto incluso para el caso de que los hechos hubieran sido vistos como legales por el derecho interno entonces en vigor.

- **Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (1968)**. España la ratificó en 2009 y la ha entrado en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010. Su contenido refleja el Derecho Internacional Consuetudinario. El Comité de Derechos Humanos, en su quinto informe periódico sobre España (2008) ya instó a España a reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y proceder a la exhumación e identificación de los desaparecidos del franquismo.
- **Convención de no aplicabilidad de las limitaciones al Estatuto de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (1968)**. El título de la norma es tan explícito que no merece comentario específico. Simplemente, recalca que los crímenes de guerra y contra la humanidad son imprescriptibles.
- **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)**. SECCION PRIMERA. Observancia de los tratados:
26. «*Pacta sunt servanda*». *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*
27. «*El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*»
No puede pertenecerse a la comunidad internacional y firmar tratados sin la intención de cumplirlos, o bien alegar alguna disposición de derecho interno (Ley de Amnistía o Ley de Memoria Histórica, por ejemplo).
- **Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (1973)**. 1. *Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.*
8. *Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.*
- **Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984)**. Durante el franquismo posterior a la guerra y posguerra,

y hasta 1977, muchos ciudadanos sufrieron torturas por pertenecer a organizaciones que luchaban por la recuperación de la democracia. Por otro lado, lo relevante en el caso de los desaparecidos es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera víctima de tortura a los familiares de desaparecidos, como se ha visto más arriba en el comentario del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 3 se refiere a la tortura y a los tratos inhumanos o degradantes.

- **Resolución 828 de 26-9-1984 del Consejo de Europa (1984).** Citada por Garzón. Establece que la desaparición forzada es un crimen contra la humanidad y no podrá ser considerado como delito político. Además, está sujeto a las normas de extradición y no es objeto de limitación ni puede estar cubierto por leyes de amnistía.
- **Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (1989).** Art. 9. *Se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquellos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales.*
- **Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1992).** Artículo 5. *Además de las sanciones penales aplicables, las desapariciones forzadas deberán comprometer la responsabilidad civil de sus autores y la responsabilidad civil del Estado o de las autoridades del Estado que hayan organizado, consentido o tolerado tales desapariciones, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de ese Estado conforme a los principios del derecho internacional.*
Artículo 17.1. *Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.*
- **Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (1989).** 1. [...] Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno [...] Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva.
- **Informe Joinet sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (1997).** Establece los siguientes derechos de las víctimas:
 - **A saber.** Es un derecho individual, pero también colectivo, e impone al Estado el «deber de la memoria» a fin de prevenir contra las deformaciones de la historia

que tienen por nombre el revisionismo y el negacionismo. El Estado debe crear comisiones de investigación no judiciales y preservar los archivos que tengan relación con las violaciones de derechos humanos.

- **A la justicia.** Derecho a un recurso justo y eficaz que permita a la víctima valer sus derechos. Este derecho confiere al Estado las obligaciones de investigar las violaciones, perseguir a los autores y asegurar, en su caso, las sanciones pertinentes. Por otro lado, «la prescripción no puede ser opuesta a los crímenes graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad». Igualmente, no se permite la amnistía a los autores de violaciones «en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz». No puede alegarse obediencia debida para exonerar a los ejecutores de su responsabilidad penal, como mucho puede ser atenuante. Por otro lado, la comisión de violaciones de derechos humanos por parte de un inferior compromete a sus superiores si ellos no han hecho uso de sus poderes para impedir o hacer finalizar la violación. Los arrepentidos pueden tener derecho a una disminución de pena, pero no a la exoneración.
- **A la reparación.** Implica medidas tanto individuales como generales y colectivas. La víctima tiene derecho a medidas de restitución (recuperar la situación anterior a la violación), de indemnización y de readaptación (atención médica). En el plano colectivo, las medidas van dirigidas a asumir por parte del Estado el deber de la memoria, a través de ceremonias conmemorativas, restablecimiento de la dignidad de las víctimas, declaraciones oficiales de reconocimiento por parte del Estado, etc.
- **A las garantías de no repetición de las violaciones.** Esto incluye la disolución de grupos armados paramilitares, derogación de leyes y jurisdicciones de excepción y destitución de altos funcionarios implicados en violaciones graves.
- **Estatuto de Roma (CPI, 1998).** Se ocupa de a) crimen de genocidio, b) crímenes de lesa humanidad, c) crímenes de guerra y d) crimen de agresión. Define detalladamente las acciones que comportan cada uno de los crímenes, menos el de agresión, pendiente de definición. Es un tribunal complementario (primero deben actuar los tribunales nacionales).
Se ocupa de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (2002). Tanto la desaparición forzada como el robo de niños son delitos que se siguen cometiendo mientras no aparezca el cadáver o se aclaren las circunstancias, en el primer caso; y mientras no se aclare la identidad de la persona y las circunstancias en el segundo caso.
- **Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/34 Sobre Impunidad.** La Comisión de Derechos Humanos «Reconoce que para las víctimas de violaciones de los derechos humanos el conocimiento público de su sufrimiento y de la verdad acerca de los autores de esas violaciones es esencial para la

rehabilitación y la reconciliación, e insta a los Estados a que redoblen los esfuerzos para ofrecer a las víctimas de violaciones de los derechos humanos un proceso justo y equitativo mediante el cual puedan investigarse y hacerse públicas esas violaciones, y a que alienten a las víctimas a participar en dicho proceso».

- **Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (3-10-2005).** Resolución citada por Garzón en sus autos que establece «el reconocimiento de la desaparición forzada como un crimen permanente mientras los autores continúen ocultando el paradero de la persona desaparecida y los hechos permanezcan sin aclarar; y, consecuentemente, la no aplicación de la prescripción a las desapariciones de personas». El punto 10.3.5 se determina la «exclusión de los autores de desapariciones forzadas de medidas de amnistía o similares y de cualquier privilegio, inmunidades o exenciones de procesamientos».
- **Conjunto de principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Adición (Informe Orentlicher, 2005).**

PRINCIPIO 1. La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.

PRINCIPIO 2. EL DERECHO INALIENABLE A LA VERDAD. Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

PRINCIPIO 4. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A SABER. Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

PRINCIPIO 19. DEBERES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA. Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la

justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente. Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.

PRINCIPIO 22. CARÁCTER DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS. Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, non bis in idem, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre «arrepentidos», la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella.

PRINCIPIO 24. RESTRICCIONES Y OTRAS MEDIDAS RELATIVAS A LA AMNISTÍA. Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata. b) La amnistía y otras medidas de clemencia no afectan al derecho de las víctimas a reparación previsto en los principios 31 a 34, y no menoscabarán el derecho a saber.

- **Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (2005).** Esta norma señala inequívocamente en el artículo 1 la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, comprendiendo los tratados de los que forma parte el Estado y el derecho internacional consuetudinario.

El artículo 8 señala que víctima es no solo quien haya sufrido daños físicos o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo en sus derechos fundamentales como consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, sino que el concepto se extiende a familiares, personas a cargo de la víctima directa y personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización

El apartado VIII se refiere al derecho de las víctimas al acceso a la justicia con un recurso judicial efectivo. El apartado IX se extiende en la reparación debida de los daños sufridos por las víctimas, señalando la obligación de los Estados de establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas, proporcionar una reparación plena y efectiva y una indemnización apropiada a la gravedad de la violación y circunstancias de cada caso, una rehabilitación que incluya asistencia médica, psicológica, jurídica y social. Además, la satisfacción ha de incluir medidas eficaces para la cesación de la violación (las desapariciones forzadas y los robos de niños son delitos que no han cesado, al no aparecer la persona o su cadáver y al no proporcionar la identidad verdadera a los niños), verificación de los hechos y revelación pública y completa de la verdad, búsqueda (por parte del Estado, no de los familiares de las víctimas, ellos mismos víctimas, como hemos visto), disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades, aplicación de sanciones a los responsables e inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles. Nada o prácticamente nada de esto ha realizado el Estado español.

- **Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006).** Artículo 12.1. *Cada Estado Parte velará por que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, quienes examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial.* Entró en vigor para España en diciembre de 2010.

5. Obstáculos para la aplicación de la legislación internacional

En un reciente artículo (Sáez, 2010) titulado muy certeramente *Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo*, el magistrado Ramón Sáez intentaba explicar la peculiaridad, la excepcionalidad, del caso español en relación con otros países donde también hubo dictaduras fascistas. A diferencia de Europa, razonaba el magistrado, en España el fascismo no fue derrotado militarmente, «de tal suerte que la política, lo social instituido, la cultura, el sistema jurídico y el imaginario colectivo siguen alimentándose de las secuelas de la larga dictadura». A tal punto llega esto, que el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que la transición política española hacia la democracia se hizo «de ley a ley». De aquí surgen dos elementos fundamentales que estructuran «el espacio de la jurisdicción»: «La sumisión acrítica a la ley desde un concepto meramente formal de ley, que genera la irresponsabilización del juez respecto al resultado de su decisión, y la capacidad de la jurisdicción para cohabitar con la excepción y con la

impunidad de los poderosos». «La tesis que se va a defender –prosigue R. Sáez– atiende al contexto político y social, el de una memoria hegemónica heredera de quienes se alzaron contra la legalidad democrática y vencieron en una guerra de exterminio del enemigo político, de un relato dominante negacionista (...) que encubre la realidad del golpe de estado, minimiza la violencia del franquismo y absuelve a los verdugos». El «hábitus» profesional que produce la jurisdicción sirvió a la dictadura y no se ha visto alterado por la recepción del discurso de los derechos humanos y del sistema de garantía de las libertades.

No nos extendemos en estas reflexiones del magistrado y vamos a apuntar los escollos que ha encontrado la aplicación del derecho internacional, las coartadas que han servido para bloquearlo.

Para empezar, los jueces, en general, se han negado a intervenir en las tareas de localización e identificación de cadáveres encontrados en fosas comunes, como es su obligación.

Por otro lado, el juez Garzón ha sido brutalmente atacado por atender a los requerimientos de las víctimas. En un auténtico cierre de filas de varios órganos, el mensaje que se ha lanzado es que cualquier intento de investigar en este tema será constitutivo de delito de prevaricación, ya que se ha elaborado la coartada de que los crímenes o bien han prescrito o bien quedan cubiertos por la Ley de Amnistía de 1977. O, también, se invoca la Ley de Memoria Histórica pretendiendo que da satisfacción a las víctimas, lo que es a todas luces falso desde la perspectiva del derecho internacional.

Fundamentalmente se han invocado cuatro elementos para no aplicar el derecho internacional, tal y como señala la Constitución Española en sus artículos 10.2 y 96.1: la ley de Amnistía, la Ley de Memoria Histórica, la prescriptibilidad de los hechos y la irretroactividad

5.1 Ley de Amnistía (1977)

El genocidio y los crímenes de lesa Humanidad no son «delitos con intencionalidad política», a los que se refiere la Ley de Amnistía. Estos delitos son imprescriptibles e inamnistiables según abundante legislación internacional que se ha visto en este trabajo. En particular, cabe recordar la resolución 828 del Consejo de Europa expresando que la desaparición forzada es un crimen contra la humanidad y no puede ser considerado delito político.

El Comité de Derechos Humanos (2008) ha instado más de una vez al Estado a anular esta ley, o al menos a que no se utilice como ley de punto final.

Por otro lado, como señala el magistrado Ramón Sáez (2010), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 2.3.a, las víctimas de violaciones sistemáticas tienen derecho a un recurso judicial efectivo. Además, observa Joan Garcés (2010), el artículo 15.2 del Pacto dice que «Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». El Pacto es de 1966 y entró en vigor en julio de 1977, y por tanto es anterior a la Ley de Amnistía, que es de 15 de octubre del mismo año; por ello, esta ley no es compatible con la legalidad internacional, que ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico, según la Constitución Española. Y, por supuesto, tanto la Declaración como la Convención contra las Desapariciones Forzadas (1992 y 2006, respectivamente) refuerzan el derecho a promover una investigación oficial eficaz.

La ley excluye en su artículo 1.c los delitos que hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas, lo que significa un reconocimiento de que hay actos que no pueden quedar impunes (Amnistía Internacional, 2008c)

Si procediera la amnistía para algún caso particular, su aplicación, de acuerdo con el artículo 9 de la misma ley, «corresponderá con exclusividad a los Jueces, Tribunales y Autoridades Judiciales correspondientes», y además, se aplicará «con audiencia, en todo caso, del ministerio fiscal». Y, por último, señala la ley, «La acción para solicitarla será pública». Es decir, la aplicación será caso a caso y siempre en sede judicial, no puede ser esgrimida la ley para una amnistía *a priori* y masiva, tal y como se está aplicando, o, dicho en otros términos, no puede ser aplicada como una «ley de punto final», como ha recordado el Comité de Derechos Humanos al estado español en su quinto informe periódico sobre España de 2008.

Por último, cabe señalar que la Ley de Amnistía es preconstitucional y además choca con el artículo 62 de la Constitución, que prohíbe los indultos.

5.2 Ley de Memoria Histórica 52/2007 (2007)

En su artículo 4.1 establece que la declaración de reparación y reconocimiento personal no agota la exigencia de responsabilidad y además «es compatible con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar en los Tribunales de Justicia». Además, la Disposición Adicional Segunda establece que «las previsiones contenidas en la presente ley son compatibles con el ejercicio de acciones y acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes y en los tratados y convenios internacionales suscritos por España».

O sea, la Ley de Memoria Histórica no impide el ejercicio de la acción penal. Y en

todo caso, la ley no satisface mínimamente las obligaciones que la legislación internacional impone al Estado.

Sí cabe resaltar en este apartado la observación que hace el magistrado Ramón Sáez (2010) cuando se refiere a «la resistencia de los estados a respetar la legalidad internacional, relevante como factor de explicación del conflicto español, y la hipocresía que significa suscribir tratados sin voluntad de observarlos». Esto es evidente en el caso de la ratificación de la Convención contra las Desapariciones Forzadas, que entró en vigor en diciembre de 2010 y que el Estado ya ha mostrado suficientemente su intención de incumplir.

Para Amnistía Internacional (2008a), «La Ley de Memoria Histórica aleja las labores de investigación necesarias para la localización de fosas, exhumación e identificación de restos, del contexto judicial en el que deberían enmarcarse de conformidad con el derecho internacional». Igualmente, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación en el informe de 2008 por las informaciones que le llegaban de los obstáculos con los que tropiezan las familias en sus gestiones judiciales y administrativas, obstáculos que la Ley de Memoria Histórica no ha ayudado a remover.

Pareciera que la Ley de Memoria Histórica más bien recorta, con el pretexto de ampliarlos, los derechos de las víctimas del franquismo, habida cuenta de que se está invocando, junto a la Ley de Amnistía, con el objeto de impedir las investigaciones judiciales. Juntas parecen conformar una especie de «ley de punto final». La Ley de Memoria Histórica no permite el acceso al derecho a la verdad, ni a la justicia ni a la reparación (las reparaciones han sido más bien simbólicas).

5.3 Prescriptibilidad de los hechos

Tratándose de delitos de lesa humanidad, no hay prescripción. Además, algunos de los delitos son continuados hasta que no cese la acción que dio comienzo (desapariciones forzadas). El Comité Contra la Tortura, en sus observaciones finales al informe presentado por España en noviembre de 2009 identifica (punto 21) la desaparición forzada de las víctimas de la guerra civil y la dictadura con una forma de tortura, y como tal, imprescriptible e inamnistiable.

Ramírez Ortiz (2009, p. 72) señala el caso Scilingo como precedente en cuanto a que se alegó que los hechos habían prescrito; sin embargo, el Tribunal afirmó que el tipo no vigente a la fecha de los hechos (años 70) no infringía el principio de legalidad, ya que la norma de derecho interno, en realidad, incorporó al derecho español una norma imperativa preexistente en el derecho internacional.

Por otro lado, es un juez quien debe determinar la naturaleza del delito (si es ordinario o de lesa humanidad), no puede juzgarse *a priori*, como se está haciendo, con el lamentable espectáculo de ver cómo los jueces se niegan una y otra vez a acudir cuando se hallan restos humanos.

5.4 Irretroactividad

En el auto de 18-11-2008, Garzón se refiere a la codificación de los crímenes contra la Humanidad a partir del Estatuto de Núrnberg (1945), señalando que el estatuto recoge crímenes que describían aquello que en el derecho consuetudinario era considerado como ofensivo o atentatorio a las leyes de la humanidad. Con respecto al posible rechazo a la retroactividad en la aplicación de sanciones, dice: «No se trataba de una aplicación retroactiva, sino de la cristalización de una situación concreta sobre tales crímenes». En ese sentido, la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, que complementaba el Estatuto de Núrnberg decía «Los crímenes lo son tanto si al momento de ser cometidos violaban el derecho interno como si no», en el mismo sentido que apunta la «cláusula Martens».

El tribunal de Núrnberg, dice Garzón en su auto de 18-11-2008, contempló los delitos cometidos desde el 30 de enero de 1933, con el acceso nazi al gobierno alemán. Este período comprende tanto el inicio de la Segunda Guerra Mundial como la Guerra Civil española de 1936.

En todo caso, los crímenes contra la humanidad constituyen delitos desde hace más de un siglo. Los tribunales internacionales (ex Yugoslavia, Ruanda), la Corte Penal Internacional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «han sostenido que un Estado no contraviene el principio de retroactividad penal por perseguir, investigar, procesar y condenar por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional» (Amnistía Internacional, 2008c). En el caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, citado por Garzón en su auto de 18-11-2008, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que «nada impide el juicio y castigo de una persona culpable de una acción u omisión, que en el momento de cometerse, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es así, para los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en la que se hayan cometido». El mismo razonamiento que figura en el art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» y, en muy parecidos términos, en el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6. Conclusiones y recomendaciones

Una vez repasadas las normas internacionales en materia de derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional, cabe constatar el abismo existente entre las obligaciones que dichas normas imponen a los Estados y la nula voluntad política de cumplirlas por parte del Estado español, que se ha permitido contestar al informe del Comité de Derechos Humanos sobre España (5º período) en un tono que sorprende por su acritud. En dicha respuesta, el Gobierno español «lamenta» la petición del Comité de derogación de la Ley de Amnistía con el argumento de que este órgano «está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España». Se trata de un pobre argumento que ya se ha utilizado en otros procesos transicionales por parte de las personas que han ocupado ilegal e ilegítimamente el poder en los tiempos en los que lo han ejercido dictatorialmente. Utilizar la Ley de Amnistía como «ley de punto final» no es de recibo para un Estado democrático. Como dicen Chinchón y Vicente (2010, p. 42), en contestación al auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010

No tiene sostén alguno la defensa de que cualquier medida legislativa, por el hecho de ser aprobada por un Parlamento democrático, siempre es o habría de ser internacionalmente lícita, aunque su contenido incurriera en contradicción flagrante con las obligaciones internacionales del Estado. En realidad, tal conclusión niega la misma existencia del Derecho Internacional y prescinde o ignora por completo las reglas básicas de funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, nacional o internacional.

Por tanto, llegamos a la conclusión de que en España, a fecha de hoy, la impunidad para los crímenes que hemos visto detalladamente ha sido la norma. No es una expresión caprichosa, sino un concepto definido por las Naciones Unidas en el documento conocido como «Informe Joinet»³, relativo a «La cuestión de la impunidad de los autores de los derechos humanos (civiles y políticos)». La definición que aparece en este documento de impunidad es:

ausencia «de iure o de facto», de la imputación de la responsabilidad penal de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquellos escapan a toda investigación tendente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su condena a penas apropiadas, y a reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas.

³ Documento E/CN.4/Sub.2/199720/Rev.1.

Es de este documento de donde emanan los derechos de las víctimas a saber, a la justicia y a la reparación, y de aquí viene el conocido lema que se corea y que aparece en pancartas en las concentraciones y manifestaciones memorialistas: «verdad, justicia y reparación».

Esto cuestiona seriamente la extendida imagen de transición «modélica» y «ejemplar» que se ha exportado por parte de los sucesivos gobiernos españoles, habida cuenta de que en cualquier proceso de lo que se conoce como «justicia transicional», el marco obligado de referencia es el Derecho Internacional. Este marco evita confusiones conceptuales, debates políticos interminables sesgados ideológicamente, etc. Así lo expresa el profesor Chinchón (2009, p. 52):

Si escogemos al derecho internacional como herramienta básica de trabajo, la verdad es que no habremos de quebrarnos mucho la cabeza acerca de complejos y endémicos interrogantes acerca del concepto, contenido y duración de los procesos de transición, o de la misma noción de la justicia transicional y/o [sic] de su relación con éstos [sic].

Evidentemente, a fecha de hoy esto no se ha hecho en España, como denuncian organizaciones y juristas (p. ej., Vicente Márquez, en prensa; Vicente Márquez, 2009; Chinchón Álvarez y Vicente Márquez, 2010; Sáez Valcárcel, 2009; Garcés, 2010; Equipo Nizkor, 2004; Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2008; informes de Amnistía Internacional... y un largo etcétera). Veamos qué cabría hacer para subsanar en alguna medida -ya, desde luego, muy tarde- este grave error.

En la Declaración ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas del 27 de noviembre de 2008, formulada en nombre de la Federación Española de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (que agrupa a 14 organizaciones) y de la Plataforma de Víctimas de Desapariciones Forzadas del Franquismo, el presidente de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), Carlos Villán Durán, instaba al Estado a «honrar sus obligaciones internacionales en relación con los desaparecidos», en concreto:

- **Derogar la Ley de Amnistía** para que no se pueda seguir aplicando para dejar impunes crímenes contra la humanidad.
- Adoptar medidas legislativas para asegurarse de que los tribunales de justicia españoles reconozcan la **imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad**. Y, en particular, la reforma del Código Penal para incorporar la definición del delito de desaparición forzada de conformidad con el derecho internacional.

- Constituir una **comisión de la verdad** compuesta por expertos independientes, que restablezca la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la guerra civil y la posterior represión.
- Cumplir con la obligación internacional de **investigar los casos pendientes de desaparición forzada** de personas durante la guerra civil y la posterior represión franquista. Las víctimas deben poder ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva que hoy no tienen. El Estado debe facilitar la investigación judicial de todos los casos, identificando a los responsables y auxiliando a los familiares para localizar, identificar y exhumar los restos de los desaparecidos. Diversas fuentes señalan dos sentencias paradigmáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que acotan debidamente las obligaciones del Estado:

- La sentencia Velásquez Rodríguez vs. Honduras (29-7-1988) dice que la investigación que debe emprender el Estado ante una desaparición forzada «debe tener sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad busque efectivamente la verdad». Nada, por tanto, de privatizar la búsqueda de los desaparecidos ni establecer ayudas para las asociaciones de víctimas, el Estado debe directamente encargarse de la investigación de estas desapariciones.

- La sentencia del caso Meline Tehissen contra Guatemala (4-5-2004) dice que «El Estado debe garantizar que el proceso interno tendente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria».

- Conceder a las víctimas y sus familias la justicia y la total **reparación**.
- Además, invitaba al Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas a que visite nuestro país para interesarse por estos asuntos.

Parte de estas medidas ya habían sido señaladas por el Comité de Derechos Humanos⁴ en su informe sobre España de octubre de 2008: derogación de la Ley de Amnistía, reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad que se

⁴ Informe del Comité de Derechos Humanos sobre España (5º período), Doc. ONU CCPR/C/ESP/CO/5, de 27 de octubre de 2008.

cometieron, creación de una comisión de la verdad, remover obstáculos para que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas, indemnización de las víctimas.

Sin embargo, estas medidas no agotan los estándares que fija la legislación internacional, que deberían ser completados con:

- **Nulidad de las sentencias** de los tribunales franquistas, ilegítimos e ilegales. No sería la primera vez que se hace en Europa. En 1998 el Parlamento alemán aprobó la ley de anulación de los juicios celebrados en la época del nazismo. La ley fue modificada en fecha tan reciente como el 24 de septiembre de 2009, a efectos de anulación global de las condenas por traición en la guerra. En el caso español, muchas condenas eran por «auxilio a la rebelión», impuestas precisamente por un régimen que había protagonizado una rebelión contra un gobierno legítimo y que había subvertido la legalidad democrática. En la respuesta al exhorto dictado por la jueza Servini⁵, el Fiscal General del Estado español, Conde Pumpido, se refiere a esta disposición, que «en su párrafo primero anula todos los juicios penales que con violación de la más elemental idea de justicia se dictaron desde enero de 1933 por razones políticas, militares, raciales, religiosas o ideológicas con la finalidad de imponer o mantener el régimen nacionalsocialista (...) las sentencias basadas en algún tipo penal de los expresamente previstos [en un anexo que se incluía] son anuladas en bloque sin necesidad de un examen de cada caso concreto». Y en el mismo documento de respuesta al exhorto de la jueza argentina, el Fiscal General del Estado de España cita el caso de los juicios celebrados por los tribunales nazis en Austria, donde se ha procedido de la misma manera y en 2005 se promulgó una «ley de reconocimiento» en la que «se establece que todas las condenas dictadas contra ciudadanos austríacos por tribunales constituidos bajo el dominio nacionalsocialista, especialmente los tribunales militares, los de las SS, los tribunales especiales y los consejos de guerra, todos ellos expresión del injusto nazi, quedan anuladas con efecto retroactivo y sin que sea necesario un examen oficial especial ni averiguación alguna». Incluso en octubre de 2009, en Austria se ha promulgado otra ley de anulación y rehabilitación «con la finalidad de hacer extensivo este proceso de anulación, también de modo global a las condenas impuestas a los desertores». «Por tanto, -concluye el Fiscal General- en uno y otro caso [Alemania y Austria] la anulación de la condena en los supuestos previstos por la normativa dictada al respecto se produce automáticamente por disposición de la ley sin necesidad de que se lleve a efecto, en sentido técnico-jurídico, un proceso judicial de revisión, limitándose la Fiscalía en el caso de Alemania o el Landesgericht, en Austria, a expedir una certificación ó [sic] declaración de aplicación de la ley al caso concreto sometido a su consideración».

La conclusión a la que llega nuestro Fiscal General es que la legitimidad proclamada en la Ley 52/2007 (llamada de Memoria Histórica) es suficiente y tiene efectos análogos a una declaración de nulidad. No obstante, las organizaciones memorialistas y diversos juristas a título particular insisten en la necesidad de dar un paso más y declarar la nulidad de las sentencias. El magistrado Ramón Sáez (2009) dice: «La nulidad de las sentencias de la represión es un episodio de la lucha por el derecho que los propios tribunales han de asumir para marcar las diferencias con un Estado ilegal que negaba los derechos y mataba impunemente a sus enemigos políticos».

En varios de sus informes⁶, Amnistía Internacional también ha recomendado la nulidad de las sentencias.

- **Persecución de los responsables de crímenes contra la humanidad.** (torturas, robo de niños, desapariciones forzadas, violaciones...). Los autos de Garzón se refieren a delitos cometidos hasta 1952, pero la querrela interpuesta en Argentina se extiende hasta el 15 de junio de 1977. Aunque el período más duro de represión estuvo en las primeras décadas de la posguerra, la persecución de los opositores al régimen que luchaban por libertades reconocidas por los derechos humanos desde hacía muchos años, seguían igualmente, y estas persecuciones conllevaban los mismos delitos, aunque en menor intensidad: encarcelamiento y torturas de opositores, juicios sin garantías procesales y con condenas injustas, etc.
- **Creación de una fiscalía especializada.** Si se quieren investigar seriamente el altísimo número de desapariciones forzadas y otros delitos perpetrados durante la guerra civil y el franquismo, la tarea lleva tal envergadura que haría recomendable esta medida.

Lista de Referencias

Amnistía Internacional. (2005, mayo). *España: la deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*. Informe de la sección española.

Amnistía Internacional. (2008a, noviembre). *España: la obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo*. Informe de la sección española.

Apartado IV, «Derecho comparado».

⁶ Ver lista de referencias.

- Amnistía Internacional. (2008b, octubre). *España: ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad*. Informe de la sección española.
- Amnistía Internacional. (2008c, 12 de noviembre). *Mitos y distorsiones: por un debate informado y actuaciones ajustadas a derecho*. Documento divulgativo.
- Amnistía Internacional. (2008d, noviembre). *Víctimas de la guerra civil y el franquismo: no hay derecho*. Informe de la sección española.
- Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos – AEDIDH-. Apartado dedicado a *Justicia de transición*. Recuperado de <http://www.aedidh.org/?q=node/444>
- Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos – AEDHIDH-. (2008, mayo). *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la guerra civil y la dictadura*. Recuperado de http://www.aedidh.org/sites/default/files/dictamen%20mayo%2008-1_0.pdf
- Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica –ARMH-. Recuperado de <http://www.memoriahistorica.org.es/joomla/>
- Chinchón, J. (2009). Justicia transicional: «Memoria Histórica», y responsabilidad del Estado: un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española. *Revista de Derecho de Extremadura*, (4), 49-74.
- Chinchón, J. & Vicente, L. (2010). La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (19).
- Diario El Clarín (Chile). Artículo sobre el proceso en España de los crímenes de la dictadura. Recuperado de www.elclarin.cl/fpa/espana.html
- Equipo NIZKOR. Apartado dedicado a impunidad y franquismo. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/espana/impu/index.html>
- Espínosa, F. (2010). *Violencia roja y azul: España, 1936-1950*. Barcelona: Crítica.
- Equipo NIZKOR. (2004). *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*. Recuperado de www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.html
- Federación Estatal de Foros por la Memoria. Recuperado de <http://www.foroporlamemoria.info/>
- Garcés, J. E. (2010, 14 de diciembre). La ley española 46/1977, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad. Recuperado de <https://docs.google.com/fileview?id=0B1PwNQdOyV4pOTVjN2MzMTktYmVlYy00OGI1LTljNTktN2MwYWYWM2NTAwZTM5&hl=es>
- Gómez, G. & Marco, J. (2011). *La obra del miedo*. Barcelona: Península.
- Grupo de Trabajo Sobre Justicia Internacional y Derechos Humanos. *Justicia Internacional y Franquismo: el caso contra Garzón*. Recuperado de <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/analisis-juridicos.html>
- Juzgado de Instrucción número 5 de la A.N. *Auto de 16-10-2008*. Recuperado de http://www.datadiar.com/portal/ultimah/auto_memoria.htm
- Juzgado de Instrucción número 5 de la A.N. *Auto de 18-11-2008*. Recuperado de http://issuu.com/blogrepublicano/docs/1227007366976auto_s._53.08
- Núñez, M. (2004). *Los años del terror: la estrategia de dominio y represión del general Franco*. Madrid: La Esfera de los Libros.
- Preston, P. (2011). *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Barcelona: Debate.
- Ramírez, J. L. (2009). Los límites del derecho y de la jurisdicción penal (a propósito de las Diligencias Previa 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional). *Jueces para la democracia*, (65), 58-90.
- Rodríguez, M. A. (2010, 7 de agosto). *Aquello fue una guerra. La misma impunidad y mentiras de siempre en la España post genocidio, dos años después del auto de Baltasar Garzón*. Recuperado de <http://www.larepublica.es/spip.php?article20845>.
- Rodríguez, O. (2010, 11 de abril). Carlos Slepoy: «En España hubo un genocidio». Recuperado de <http://minotauro.periodismohumano.com/2010/04/11/carlos-slepoy-en-espana-hubo-un-genocidio/>
- Sáez, R. (2009). Anular las sentencias de la represión franquista. Una tarea de higiene pública. *Jueces para la democracia*, (64), 61-78.

- Sáez, Ramón. (2010). Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo. *Mientras tanto*, (114), 41-72.
- Unión Progresista de Fiscales. (2009, abril). *Informe sobre crímenes del franquismo*. Recuperado de <http://www.upfiscales.com/info/comunicados/uh52.htm>
- Vicente, L. (2009, 27-28 marzo). La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la guerra civil y el franquismo. *Coloquio Internacional sobre la memoria histórica: se puede juzgar la historia*. Madrid.
- Vicente, L. (s.f.). *La responsabilidad penal individual por crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. Derecho comparado y práctica española*. En prensa.